

UNIVERSITÉ DE LYON
FACULTÉ DE DROIT

ESSAI sur l'ÉVOLUTION du DROIT ROMAIN

AU SUJET DU

CONTRAT EN FAVEUR DE TIERS

THÈSE

pour le

DOCTORAT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

PAR

René GONNARD

DOCTEUR ÈS SCIENCES ÉCONOMIQUES ET POLITIQUES

LICENCIÉ ÈS LETTRES

LAURÉAT DE LA FACULTÉ, DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE POLITIQUE
ET DU

CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT

Présentée et soutenue le 13 Janvier 1899



LYON

IMPRIMERIE DES FACULTÉS

20, Rue Cavenne, 20

—
1899

ESSAI

SUR L'ÉVOLUTION DU DROIT ROMAIN

AU SUJET DU

CONTRAT EN FAVEUR DE TIERS

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE LYON
FACULTÉ DE DROIT

ESSAI sur l'ÉVOLUTION du DROIT ROMAIN

AU SUJET DU

CONTRAT EN FAVEUR DE TIERS

THÈSE

pour le

DOCTORAT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

PAR

René GONNARD

DOCTEUR ÈS SCIENCES ÉCONOMIQUES ET POLITIQUES

LICENCIÉ ÈS LETTRES

LAURÉAT DE LA FACULTÉ, DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE POLITIQUE
ET DU

CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT

Présentée et soutenue le 13 Janvier 1899



LYON

IMPRIMERIE DES FACULTÉS

20, Rue Cavenne, 20

—
1899

FACULTÉ DE DROIT DE LYON

MM.

CAILLEMER, O. ✱, C. ✱, I. ✱, *doyen*, professeur de droit civil.

MABIRE, ✱, C. ✱, professeur honoraire.

THALLER, I. ✱, professeur honoraire.

GARRAUD, I. ✱, professeur de droit criminel.

APPLETON (Charles), I. ✱, professeur de droit romain.

FLURER, I. ✱, professeur de droit civil.

ROUGIER, I. ✱, professeur d'économie politique.

AUDIBERT, I. ✱, professeur de droit romain.

COHENDY, I. ✱, professeur de droit commercial.

PIC, A. ✱, professeur de droit international,

BARTIN, A. ✱, professeur de droit civil.

SOUCHON, A. ✱, professeur d'histoire des doctrines économiques.

APPLETON (Jean), agrégé.

LAMBERT, agrégé.

BOUVIER, agrégé.

LAMEIRE, agrégé.

JOSSERAND, agrégé.

GUERNIER, chargé de cours.

BECQ, I. ✱, *secrétaire*.

Jury

Président : M. APPLETON

Suffragants : { M. AUDIBERT, professeur.
 { M. LAMBERT, agrégé.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES SPÉCIAUX

- UNGER. — Die verträge zu Gunsten Dritter (1869).
GAREIS. — Die verträge zu Gunsten Dritter (1873).
RENCKHOFF. — Des stipulations pour autrui (1885).
TRONCHE-MACAIRE. — Des stipulations et promesses pour autrui (1886).
FADDA. — Del origine dei legati (1888).
TARTUFARI. — Della rappresentanza nella conclusione dei contratti (1892).
LAMBERT (Edouard). — La stipulation pour autrui (1893).
CHAMPEAU. — De la stipulation pour autrui en droit romain et en droit français (1893).
MASSA. — I contratti in favore o a carico dei terzi (Archivio giuridico, t. 50, 1893).
EHRENZWEIG. — Die sogenannten zweigliedrigen verträge insbesondere die verträge zu Gunsten Dritter (1895).
NAPLES (Etienne). — De la stipulation pour autrui et de la gestion d'affaires (1897).
PACCHIONI (GIOVANNI). — I contratti a favore di terzi (1898).

II. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

MAYNZ. — Cours de droit romain (1876-1877).

IHERING. — L'esprit du droit romain, traduction de Meulenaere (1877).

EISELE. — Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte.

APPLETON (Henri). — Des interpolations dans les Pandectes.

APPLETON (Ch.). — Cours de droit romain (1885).

WINDSCHEID. — Lehrbuch des Pandektenrechts (1887).

ACCARIAS. — Précis de droit romain (4^{me} édition, 1886-1891).

TARDE. — Transformations du droit (1893).

SALEILLES. — Essai d'une théorie générale de l'obligation, d'après le projet de Code civil allemand (1890).

ESSAI SUR L'ÉVOLUTION DU DROIT ROMAIN

AU SUJET DU

CONTRAT EN FAVEUR DE TIERS

INTRODUCTION

« La science, dit Ihering, ne peut établir des impossibilités juridiques. Au premier abord, la notion de la possibilité ou de l'impossibilité en droit paraît être une notion absolue ; en réalité, elle n'est que relative. Bien des choses qui, aujourd'hui, sont devenues juridiquement possibles, auraient dû paraître impossibles aux jurisconsultes romains⁽¹⁾. » Le savant romaniste, parmi tous les exemples dont il aurait pu illustrer cette réflexion, n'en aurait pas beaucoup trouvés de plus frappants que l'évolution qui s'est faite dans la conscience juridique à l'égard du contrat en faveur de tiers. Evolution qui, pour nous, Français du XIX^e siècle, peut clairement apparaître, si l'on met en regard, d'un côté l'article 1119 du code civil, servile

(1) L'esprit du droit romain, livre II, titre III, chap. I, sect. 2, p. 66.

reproducteur des plus anciennes formules romaines, et d'un autre côté l'article 1121, avec tous les développements que la jurisprudence lui a donnés de nos jours. Considérer d'abord la règle prohibitrice, puis les exceptions qui la dévorent, c'est avoir sous les yeux, non encore achevé, mais bien avancé déjà, un de ces développements de théorie qui aboutissent à faire d'une impossibilité juridique une possibilité.

Que ce développement, cette évolution se soient commencés dès l'époque romaine, on ne le conteste guère en principe ; mais dans quelle mesure se sont-ils produits, et surtout, avec quelle rapidité, sous quelles influences ? Voici des questions moins aisées à trancher, et que l'on peut considérer comme n'ayant pas reçu, sur tous les points, une réponse définitive.

Quelle est la portée de la fameuse règle : « *alteri nemo stipulari potest* ? » Lorsque nous la rencontrons dans le droit impérial, devons-nous estimer, avec certains auteurs, que nous sommes en présence d'une maxime archaïque, maintenue par respect de la tradition, « *ad pompam et ostentationem* », comme dit M. Naples, ⁽¹⁾ et sans application pratique ? Devons-nous penser, au contraire, que cette règle, loin de perdre toute valeur pratique à l'époque impériale, continua à régir la matière des contrats jusqu'aux derniers siècles de l'Empire, et ne reçut que quelques atteintes par le fait de Justinien ? Ou peut-être, ne devons-nous pas adopter un troisième système, et croire que le

(1) De la stipulation pour autrui, p. 21.

principe de la prohibition, absolu tout d'abord, fut peu à peu entamé par les exceptions qu'imposaient les nécessités de la vie juridique, exceptions de plus en plus nombreuses, mais qui toutefois ne supprimèrent jamais la prohibition, même au point de vue de ses applications pratiques ?

Que si, d'autre part, nous sommes amenés à reconnaître, — et, disons-le de suite, il est difficile de ne pas le faire au moins dans une certaine mesure — la réalité de cette évolution, une autre question se pose : sous quelles influences s'effectuera-t-elle ? Question à laquelle il est difficile de répondre, si l'on n'a pas tranché dès le commencement un débat préliminaire, touchant les causes mêmes qui motivèrent la prohibition. Que si, en effet, l'on ne voit celles-ci que dans l'existence du formalisme primitif, il semble tout naturel de penser qu'à mesure qu'on en assouplit la rigidité, le contrat en faveur de tiers put acquérir droit de cité romaine. Que si au contraire l'on cherche les motifs de la règle « *alteri nemo* » dans des considérations d'un ordre psychologique plus général, ce sera dans les changements de l'âme latine, sous l'influence de la philosophie et du christianisme, que nous pourrions trouver les raisons de la désuétude totale ou partielle de cette même règle.

De ces quelques observations, il nous semble que le plan de notre étude se dégage de lui-même. Prendre la règle « *alteri nemo stipulari potest* » dans toute sa force et rechercher qu'elle en pouvait être l'étendue, à l'époque de sa plus grande puissance, dégager, tant par

le raisonnement déductif que par l'examen des textes, le sens exact de cette règle, voici quelle sera la première partie de notre tâche. En second lieu, nous aurons à mettre au jour, les causes empiriques ou logiques qui l'ont produite. Puis, et ce sera là la partie la plus délicate peut-être, mais non la moins intéressante de notre travail, nous prendrons les unes après les autres les différentes exceptions que les auteurs modernes ont trouvées ou cru trouver dans les textes romains ; nous devons chercher la portée véritable de ces exceptions, réelles ou fausses, et déterminer l'époque probable de leur apparition, justinienne ou classique. Etude de laquelle résultera peut-être, ipso facto, la révélation des influences véritables qui amenèrent les Romains à faire dans leur législation une place, petite ou grande, au contrat en faveur de tiers, primitivement exclu avec tant de sévérité ; étude de laquelle résultera peut-être de plus la constatation de l'impuissance des formules (1) à empêcher le développement de la vie juridique et économique ; le développement aussi de la vie morale, s'il est permis de considérer, ainsi que nous le croyons, la reconnaissance graduellement effectuée du contrat en faveur de tiers comme le signe d'un progrès de la morale sociale, faisant

(1) Qu'on ne voie pas dans ces mots une condamnation du formalisme. Nous croyons, malgré les inconvénients qui lui sont inhérents, à la bienfaisance de la forme, « ennemie jurée de l'arbitraire et sœur jumelle de la liberté » (Ihering). Le fait que le formalisme ne peut arrêter les progrès de la vie juridique prouve que ses inconvénients mêmes n'ont pas un caractère absolu.

une part de plus en plus large aux instincts altruistes de l'individu ⁽¹⁾.

(1) Nous laisserons volontairement de côté tout ce qui constitue la seconde partie de la remarquable étude de M. Lambert, je veux dire la théorie de la nature du droit du tiers. — Nous n'avons pas en effet le dessein d'étudier dans son ensemble la législation romaine relative à la stipulation pour autrui et d'approfondir tous les problèmes que fait surgir à ce sujet l'examen des textes. Nous nous plaçons plutôt au point de vue général de l'évolution de cette législation, et nous cherchons à retrouver le processus de son développement, depuis le moment où la règle prohibitive régnait sans conteste jusqu'à celui où les exceptions s'y insinuèrent, — dans quelle mesure ? c'est ce que nous devons préciser, — à quelle époque ? c'est ce que nous aurons à rechercher. Pour ce qui concerne l'étude détaillée du droit du tiers, nous ne saurions mieux faire que renvoyer à l'ouvrage dont nous parlons. Nous dirons de plus, qu'au point de vue même que nous allons traiter, nous ne nous serions pas senti le courage de parler des stipulations pour autrui après M. Lambert, si quelques études nouvelles, parues postérieurement à la sienne, ne nous ayaient semblé rouvrir en partie la question. Au reste, nous croyons que même, sur les terrains en apparence les mieux battus il y a toujours à glaner ; et c'est avec raison, nous semble-t-il, que Fustel de Coulanges blâmait « ceux qui pensent que tout a été dit ; et qu'à moins de trouver des documents nouveaux, il n'y a plus qu'à s'en tenir aux derniers travaux des modernes. » C'est cette idée qui semble avoir inspiré un des auteurs récents que nous aurons à citer le plus souvent, M. Pacchioni ; et nous ne saurions mieux l'imiter lui-même, qu'en le contredisant quelquefois, comme nous l'avons fait.

CHAPITRE PREMIER

PROHIBITION DU CONTRAT EN FAVEUR DE TIERS

SECTION I. — Détermination de l'idée de ce contrat

Avant même de rechercher en quels termes et avec quelle énergie les jurisconsultes romains ont prohibé le contrat en faveur de tiers, il importe de fixer aussi exactement que possible le concept d'un tel contrat. La parenté étroite qui le lie au concept de la représentation rend quelque peu malaisée cette détermination logique. A vrai dire, on est souvent tenté de douter qu'elle ait été clairement aperçue par les Romains, et les auteurs modernes eux-mêmes ne sont pas toujours absolument d'accord pour la fixation de ces délicates frontières entre les deux théories voisines. Il n'en est pas moins vrai que la représentation est un concept juridique tout différent de celui qui doit nous préoccuper dans cette étude.

Le représenté n'est pas à proprement parler un tiers. Le représentant conclut le contrat dans l'intérêt du représenté ; mais le représenté ne peut être considéré comme absolument étranger au contrat. « La représentation dans les contrats, dit Tartufari ⁽¹⁾, c'est-à-dire

(1) Della rappresentanza nella conclusione dei contratti (1892).

dans ces actes humains qui ont pour but la constitution, la modification ou l'extinction d'un rapport juridique donné, répond à ce besoin fondamental que là où quelqu'un ne peut directement ou personnellement donner la vie à l'un de ces actes, pour une raison ou pour une autre qui l'en empêche, un autre le puisse à sa place, avec les mêmes effets, et de telle sorte que l'acte soit regardé comme accompli par celui même dans l'intérêt de qui il est fait. »

Dans quelle mesure la représentation elle-même était interdite en droit romain, nous n'avons pas à le rechercher ici, il nous suffit d'avoir isolé l'une de l'autre les deux théories jumelles.

« Le contrat en faveur ou à charge d'un tiers est le contrat dans lequel un contractant promet à l'autre une prestation à faire par un tiers ou à un tiers, sans que celui-ci y ait, expressément ou non, consenti » (1). Et qu'est-ce qu'un tiers? « Celui qui est absolument étranger au contrat et n'y a eu aucune part » (2).

M. Pacchioni illustre ces définitions par un schéma assez heureux, d'après Ehrenzweig. La figure représente deux cercles, A et B, se coupant mutuellement et ayant ainsi une partie commune, C, plus deux parties propres, A et B. Le cercle A comprend les contrats passés en faveur d'un tiers resté complètement étranger au contrat, indépendamment de la circonstance

(1) Massa, I contratti in favore o a carico dei terzi secondo il diritto romano, (Archivio, t. L., p. 37 et 39).

(2) Busch, doctrin und Praxis über die Gultigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter, § 3 p. 5.

que ce tiers en acquiert ou non un droit indépendant et autonome ; le cercle B, les contrats par suite desquels une personne autre que les contractants acquiert directement des droits naissant du contrat.

Quant à la partie commune des deux cercles, elle comprend précisément les vrais contrats en faveur de tiers, c'est-à-dire ceux réunissant les caractères des deux catégories de contrats précédentes, les contrats par suite desquels une personne demeurée absolument étrangère à leur conclusion acquiert un droit propre résultant du contrat.

La partie du cercle A qui n'est pas commune contient les contrats conclus, il est vrai, en faveur de tiers, mais dans lesquels le tiers n'acquiert pas de droit propre de cette sorte. Pour la partie non commune du cercle B, elle comprend les contrats par représentation, c'est-à-dire ceux où un tiers acquiert un droit qui a bien son fondement dans le contrat, mais sans que ce tiers soit resté absolument étranger au contrat.

Quoique dans un sens large, on puisse prendre pour synonymes ces deux expressions : stipulation pour autrui, et contrat en faveur du tiers, la terminologie moderne leur donne à chacune un sens différent. L'une et l'autre de ces deux opérations ont bien pour effet de faire naître un droit au profit d'un tiers, mais tandis que la stipulation pour autrui proprement dite, quand elle est reconnue valable, ne donne d'action qu'au stipulant, le contrat en faveur de tiers donne une action au tiers même, qui peut faire ainsi valoir ses droits lui-même,

indépendamment de toute nouvelle intervention du stipulant.

On conçoit qu'un tel contrat, créant des rapports juridiques entre trois personnes à la fois, ne peut guère apparaître que dans une civilisation très avancée; par cela même qu'il est un moyen de simplification des affaires, il implique un état social où les affaires sont nombreuses et complexes, bien éloigné de la période primitive où le contrat synallagmatique lui-même n'apparaît pas encore (1).

Au sujet même du contrat en faveur de tiers, *stricto sensu*, on discute si le concept d'un tel contrat implique que le droit doit naître dans la personne du tiers *ipso facto*, ou après acceptation de sa part (2). Pour nous, il nous apparaît que dans l'un et l'autre cas il y a contrat en faveur de tiers, et que la volonté des parties seule doit avoir à décider s'il s'agit d'un droit ferme, dès à présent conféré au tiers, ou d'une sorte de sollicitation collective, à lui faite par les deux contractants.

Dans cette étude, si nous préférons employer les mots contrat en faveur de tiers, à ceux de stipulation pour autrui, c'est surtout à cause du caractère équivoque de l'expression stipulation, étant donné le sens restreint et spécial qu'elle a en droit romain. Mais sous le terme général: contrat en faveur de tiers, nous entendrons les deux ordres d'opérations que nous

(1) Champeau, thèse, p. 140 et sq.

(2) V. Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, p. 94 p. 102, p. 259 et sq.

venons de distinguer. Tout contrat de cette nature, en effet, pour se conformer à son concept-type, doit avoir pour résultat de conférer une action au tiers bénéficiaire. Mais c'est là une notion juridique qui a été fort lente à se dégager, et pendant longtemps on ne sut pas concevoir d'autre effet à un tel contrat que de conférer, au maximum, une action au stipulant dans l'intérêt du tiers. A peine peut-on dire que le droit romain ait connu, aux dernières phases de son développement, le concept intégral du contrat en faveur de tiers. Ce que nous devons précisément étudier et rechercher, c'est l'évolution par laquelle une opération juridique, d'abord privée de tous effets, devient ensuite efficace entre les parties, puis arrive peu à peu à se manifester comme productrice d'effets en la personne même du tiers qu'elle concerne. Autrement dit, nous assisterons au développement d'un être, d'une entité logique, vivant d'une vie d'abord purement latente, puis d'une vie rudimentaire, enfin de sa vie originale et propre, — ceci il est vrai, dans une bien faible mesure, même aux derniers âges du droit romain. Et même aux époques où nous trouvons le contrat en faveur de tiers n'établissant que des rapports juridiques entre stipulant et promettant, nous ne dirons pas moins que nous sommes en présence d'un contrat en faveur de tiers ; seulement nous dirons aussi que ce contrat ne produit pas alors réellement tous les effets que sa notion même implique virtuellement.

Au reste, étudier seul le contrat en faveur de tiers, *stricto sensu*, ce serait étudier la contexture d'une fleur

sans s'occuper de la tige, ni de la racine qui la supportent ; étudier seule la stipulation pour autrui, stricto sensu, ce serait négliger, en observant la racine et la tige, la fleur qui les surmonte. Si nous écrivions l'histoire naturelle des êtres juridiques, nous réserverions le nom de contrat en faveur de tiers au concept-type, achevé et parfait, à l'individu complet, pourvu de tous ses organes. Mais nous sommes sur le terrain historique, sur un terrain d'évolution, et nous devons rechercher l'être achevé et parfait dont nous parlons jusque dans les germes lointains où il s'ébaucha.

Sous le bénéfice de ces observations, et avant d'aller plus loin, nous devons maintenant nous demander si les particularités de la civilisation latine, sans changer au fond la nature de cet être juridique, ne sont pas venues en modifier la forme et lui donner un aspect spécial. Et précisément c'est ce qui s'est produit, par suite de la constitution de la famille romaine et de l'institution de l'esclavage. On le sait, à Rome, le fils de famille, la femme in manu ne peuvent contracter qu'en empruntant la personnalité du paterfamilias, dans la personne duquel la famille se concentre, pour ainsi dire. Le fils n'a pas une personnalité juridique indépendante. Encore moins l'esclave, qui est une res. Ni l'un ni l'autre ne sont des tiers, *extraneæ personæ*. Que si le sentiment orgueilleux de la personnalité faisait considérer aux anciens Romains, ainsi que le prétendent Ihering ⁽¹⁾ et Unger ⁽²⁾, comme indigne d'un

(1) *Esprit du droit romain*, t. I, L. I, t. I ch. I, § 10.

(2) *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, p. 2.

homme libre de servir d'instrument à un autre pour acquérir des droits, — ce sentiment ne saurait s'appliquer aux esclaves. Quant au fils de famille, sa personne ne se distingue pas de celle du père; elle en fait partie, et lorsque le fils contracte pour le père, il n'est pas plus l'« instrument » du père, que celui-ci ne serait son propre instrument s'il agissait seul. On ne se sert pas d'instrument à soi-même. — « Quia vox tua tanquam filii sit, sicuti filii vox tanquam tua intelligitur » ⁽¹⁾.

Les textes établissent nettement la validité de la stipulation faite pour le fils par le père, par l'esclave pour le patron. Et quand nous formulerons la règle prohibitrice des stipulations pour autrui, nous devons toujours sous-entendre cette importante restriction, d'autant plus importante qu'en fait et en dehors de toute prohibition les cas les plus nombreux de contrats passés en faveur de tiers se présenteraient entre des contractants dont l'un est lié au tiers bénéficiaire par les liens d'affection les plus étroits ou par les plus stricts rapports de dépendance. « Alteri stipulari nemo potest, præterquam si servus domino, filius patri stipuletur » ⁽²⁾. — « Per liberam personam quæ neque juri nostro subjecta est, neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus » ⁽³⁾: De même lorsque la loi 11 de obl. et act., D., 44, 7 dit :

(1) Institutes, § 4. in fine, de inut. stip. 3, 19. Id., institutes, § 1, de stip. III, 17.

(2) L. 33, § 17 D. de verborum obligationibus, 45, 1.

(3) L. 120, § 2, D., de verb. obligat., 45, 1.

« Quaecumque gerimus, quum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari, neque emere vendere, contrahere ut alter suo nomine recte agat possumus », il faut remarquer que la loi emploie les mots « ex nostra persona », expression dans laquelle se trouve comprise la restriction dont nous parlons. Père et fils, esclave et maître sont matériellement des *personae* distinctes, juridiquement une *persona* unique. Même remarque sur l'expression : « alter ». Par rapport au père, le fils n'est pas alter, extraneus (1).

La restriction d'ailleurs se trouve formulée dans les *Institutes*, non plus sous la forme implicite, mais d'une façon très positive : « Admonendi sumus acquiri vobis non solum per vosmetipsos, sed etiam per eas personas quæ in vestra potestate sunt, veluti per servos et filios vestros (2). » Remarquons de plus que lorsque le fils acquiert pour le père, la facilité qui lui est accordée de contracter concerne tant les choses qu'il peut acquérir pour lui que celles qu'il ne peut acquérir pour lui : « ... filius etiam, ut ire patri liceat stipulando, acquirat ei; imo et quod in suam personam conferre non potest hoc patri acquirat (3). » La volonté du père ou du maître n'est d'ailleurs pas nécessaire pour la validité du contrat : ce qui montre que nous ne sommes pas en présence d'un cas de repré-

(1) Aecurse. ad l. 11. 44, 7, corpus, jur. cir. gloss. V., III.

(2) *Institutes*, per quas personas, 3, 28.

(3) L. 130, D. de V. obl. 45, 1.

sensation, c'est que le fils ou l'esclave peut non seulement se passer de cette volonté, mais agir à l'encontre d'elle : « *Servus vetante domino, si ab alio stipulatus sit, nihilominus obligat domino promissorem* ⁽¹⁾. »

La « *moralis identitas* » qui existait entre le *paterfamilias* d'une part, l'esclave ou le *filiusfamilias* d'autre part, se retrouve en matière d'*hereditas*. L'héritier est le continuateur de la personne juridique du défunt, il lui succède « *in universum jus quod defunctus habuit* » ⁽²⁾. Il ne doit donc pas être considéré par rapport à lui comme un tiers. Quand donc le *de cujus* a stipulé pour l'héritier, il n'a pas stipulé pour un tiers, mais pour quelqu'un qui n'est qu'une seule personne avec lui, et la stipulation n'est pas invalidée.

Mais la stipulation en faveur des héritiers peut assumer deux formes essentielles : je puis stipuler pour moi et mes héritiers, ou pour eux seuls. Dans le premier cas, l'obligation commence à exister en ma personne ; dans le second cas, c'est en la leur. La première forme est admise sans difficulté : « *Suæ personæ adjungere quis heredis personam potest* » ⁽³⁾. » Mais puis je stipuler pour un seul de mes héritiers ? Il semble bien tout d'abord que je puisse faire en faveur d'un seul ce que je puis faire en faveur de tous. Un texte, la loi 33, D. de pact, 2, 14 paraît confirmer

(1) L. 62, D. de verb. obl., 45, 1. Savigny admet la représentation (traité de droit romain, t. III, § 113).

(2) L. 31, D. de acquir, vel amitt. hered., 29, 2.

(3) L. 38, § 14, D. de verb. obl., 45, 1.

cette solution : « Avus neptis nomine, quàm ex filio habebat, dotem promisit, et pactus est, ne a se, neve a filio suo dos peteretur ; si a coherede filii dos petatur, ipse quidem exceptione conventionis tuendus non erit, filius vero exceptione conventionis recte utetur, quippe heredi consuli concessum est. Nec quidquam obstat, uni tantum ex heredibus providere, si heres factus, sit, ceteris autem non consuli. » Cette loi, prévoyant le cas où quelqu'un aura conclu un pacte de non petendo en sa faveur et en faveur de son fils, établit que l'exceptio pacti profite au fils, mais non à ses cohéritiers. Il ne faudrait pourtant pas généraliser hâtivement cette solution : nous nous heurterions au texte très net de la loi 137 § 8, D. de V. O., 45, 1. « Præterea sciendum est quod dari stipulemur non posse per nos uni ex heredibus acquiri, sed necesse esse omnibus acquiri ; at quum quid fieri stipulemur, etiam unius personam recte comprehendere. » De cette loi résulte qu'en matière de stipulation ayant pour objet une dation, on ne peut acquérir un droit à l'un des héritiers considéré isolément ; mais il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire ; en ce cas un héritier peut bénéficier du contrat intervenu, à l'exclusion des autres ; « cela, je pense, parce que le fait peut être de nature à ne profiter qu'à lui seul, » dit M. Accarias (1).

On peut du reste recevoir un pacte de non petendo qui doit profiter à un seul des héritiers, pourvu que ce

(1) Tome II, n° 523.

pacte n'aboutisse pas à grever les autres. C'est le cas prévu à la loi 33, D. de pact., II, 14 dans laquelle on suppose un aïeul qui ayant promis une dot au nom de sa petite-fille, convient avec le stipulant que la dot ne pourra être réclamée ni à lui-même, ni à son fils. Le fils opposera l'exception, mais les cohéritiers ne seront pas pour cela tenus au tout ⁽¹⁾. La stipulation en faveur des héritiers peut se présenter sous une seconde forme, lorsqu'elle a pour but de faire naître le droit dans la personne même des héritiers, à l'exclusion de la personne du de cujus. De telles stipulations sont déclarées nulles par le droit ancien. « Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur : post mortem meam dari spondes ? Vel ita : Cum morieris dari spondes ? Id est ut novissimum vitæ tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur : nam inelegans esse visum est ex heredis persona incipere obligationem ⁽²⁾. » Le droit ne pouvait donc commencer à exister dans la personne des héritiers. Cette règle antique fut abrogée par Justinien : « Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post ejus mortem a quo stipulabatur... Sed et si quis ita stipulatur : pridie quam moriar, vel pridie quam morieris, dabis, inutilis erat talis stipulatio. Sed quum, ut jam dictum est, *ex consensu contrahentium stipulationes* valent, placuit nobis etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut sive post mortem, sive pridie quam morietur

(1) Id. même n°, note 2.

(2) Gaius, III, 100.

stipulator sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio ⁽¹⁾. »

Si maintenant le stipulant stipule pour un de ses héritiers seul, quelle solution doit-on donner ? Remarquons tout d'abord que la loi 137, § 8 de Verb. Obl., n'est pas applicable ici. La loi s'exprime ainsi. « ... quod dari stipulemur... » ce qui signifie « quod nobis dari stipulemur », c'est-à-dire pour le stipulant et l'héritier : nous sommes dans les termes de la première hypothèse seule, et non de la seconde ⁽²⁾. Nous devons donc considérer que la stipulation ne confère aucun droit aux cohéritiers du bénéficiaire. « Ex consensu stipulationes valent » ; or le consensus ne s'est produit que relativement à ce dernier seul ; d'autre part, les cohéritiers ne peuvent agir comme continuateurs de la personnalité du défunt ; celui-ci en effet n'avait rien acquis pour lui, et ne pouvait donc rien leur transmettre : nemo jus transferre potest quod non habet. En conséquence la stipulation ne sera valable que pour l'héritier que le stipulant a eu en vue.

Résumons-nous : Je stipule pour mes héritiers et pour moi : stipulation valable ; — pour moi et pour l'un de mes héritiers : stipulation nulle ou valable, suivant les cas. — Je stipule pour mes héritiers seuls : stipulation nulle avant Justinien, valable après lui ; — je stipule pour un seul de mes héritiers : même solution que dans l'hypothèse précédente. On peut dire qu'en général, avant Justinien, la validité de la stipu-

(1) Institutes, § 13, de inut. stip., III, 19.

(2) V. Massa, article cité, ch. III, § 36. De même, Donneau.

lation se justifie seulement par la *moralis identitas* ; après lui, il n'en est plus de même.

Nous avons déterminé la notion juridique du contrat en faveur de tiers ; nous avons signalé les particularités de la législation romaine qui en créant des cas de « *moralis identitas* » modifiaient, restreignaient l'expression du mot : tiers ; nous sommes maintenant en mesure d'apprécier l'étendue de la prohibition ; et lorsque nous lirons dans les textes, sous une forme quelconque, la condamnation du contrat en faveur de tiers, — indépendamment de toute discussion sur la portée d'application pratique de cette condamnation — nous nous rappellerons cette double restriction théorique :

1° La prohibition ne concerne que les contrats qui font acquérir un droit propre et résultant du contrat à une personne demeurée absolument étrangère à leur conclusion ;

2° Le mot : tiers ne comprend pas les personnes, même demeurées absolument étrangères au contrat, qui sont avec le stipulant dans un rapport juridique tel qu'on puisse dire qu'elles participent à sa personnalité.

Ceci posé, venons en à l'examen même de la règle prohibitrice.

SECTION II. — **La règle : alteri nemo stipulari potest**

Les sources classiques formulent cette règle à maintes reprises. Nous allons citer ici quelques-unes des formules qu'elles emploient :

« Inutilis est stipulatio si ei dari stipulemur, cujus juri subjecti non sumus. » (Gaius, Inst., II, 103).

« Et ideo neque stipulari, neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat possumus. » (Paul, l. 11, D., 44, 7).

« Alteri stipulari nemo potest, præterquam si servus domino, filius patri stipuletur (Ulpien, l. 38 § 17, D. 45, 1).

« Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulendo alteri cavere potest ». (M. Scævola, l. 73, § 4, D. 50, 17).

« Ex alieno pacto nec prorsus ei [competit actio. » (Dioclétien et Maximien, constitution 19, code 5, 12).

« Alteri... dari vel restitui... nemo stipulari potest. » (Les mêmes empereurs, constitution 3, code 8, 38, [39].

D'autres textes supposent le même principe, par l'application qu'ils en font :

« ... Alio quis verbis factus est, id est inutiliter, quoniam alii stipulari non potui ? » (Ulpien, l. 9 § 4, D. 12, 1).

« ... Ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem. » (Pomponius, l. 110, pr. D. 45, 1).

« ... Creditoribus quidem non contra eum ex placito vestro, sed adversus te competit actio. » (Diocl. et Maximien, const. 22, code 8, 83).

« ... Cum nihil sit actum ea verborum conceptione... » Antonin, *constitut.* 3, code 8, 37).

« ... Nec sibi, cessante voluntate, nec tibi prohibente jure, quærere potuit actionem. » (Diocl. et Maximien, *const.* 26, code 5, 12).

Quel que soit le caractère de netteté de la plupart de ces textes, il n'exclut pas toute controverse sur plusieurs points importants. Et nous devons nous demander maintenant : 1° A quels contrats s'applique la nullité ? 2° Quel est le caractère de cette nullité ?

§ 1. CONTRATS SOUMIS A LA RÈGLE ALTERI STIPULARI. — La plupart des auteurs qui ont traité de la matière des stipulations pour autrui, estiment que la règle « alteri nemo » est une règle générale, applicable, non seulement à la stipulation proprement dite, mais à tous les contrats, qu'ils soient de droit strict ou de bonne foi. M. Accarias, notamment, donne cette solution (1). Toutefois, l'un de ceux qui ont le plus récemment écrit sur la matière, M. Naples, ne croit pas que la prohibition doive s'étendre aux contrats de bonne foi, « le mot stipulari, dont la traduction française peut avoir un sens général en matière de contrats » devant « être strictement restreint en droit romain aux obligations qui se forment verbis (2) ».

Malheureusement pour la théorie de M. Naples, les textes, nous l'avons vu, ne s'en tiennent pas à l'emploi

(1) Tome II, p. 78. Dans le même sens, Donneau, *comm. de jur. civ.*, liv. XII, ch. XVI, p. 555 ; Savigny, *Obligations*, t. II § 59, p. 220 et suiv. ; Molitor, *Obl. t. I*, § 53 ; Champeau, *thèse*, p. 31.

(2) De la stipulation pour autrui, p. 13.

de l'expression « stipulari ». Nous avons cité un passage de M. Scœvola qui est d'une portée beaucoup plus compréhensive : « nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando, alteri cavere potest ». De même les mots insérés dans la const. 3, code 8, 38, par Maximien et Dioclétien sont significatifs : « ex alieno pacto nec prorsus ei competit actio ». M. Naples invoque aussi cette idée que la prohibition étant le résultat d'une application des règles formalistes de la stipulation ne peut s'appliquer aux autres contrats ; mais alors même que le formalisme serait la seule cause de la prohibition, ne serait-il pas possible qu'une extension analogique se soit faite aux autres contrats ? D'autant plus que de bonne heure, on dut se faire illusion sur la cause de la prohibition, et lui chercher des motifs d'ordre rationnel et métaphysique qui par leur nature même furent valables pour tous les contrats. Que si la règle se présente le plus souvent sous une forme archaïque, c'est qu'elle fut établie dès une époque très ancienne, et alors que les contrats de droit strict existaient à peu près seuls.

Nous avons d'ailleurs au Digeste un texte d'une portée aussi générale que possible, la loi 11, de obl. et act., 44, 7 : « Quaecumque gerimus, quum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inane actum nostrum efficiunt ; et ideo neque stipulari, neque emere vendere, contrahere ut alter suo nomine agat, possumus. »

(3) Voyez encore : l. 16 D. per quas personas, 4, 27.

M. Naples⁽¹⁾ répond que cette loi est relative non à la stipulation pour autrui, mais au principe de la non-représentation, bien que Savigny⁽²⁾ soit formellement contraire à cette manière de voir. L'argument de M. Naples est que les mots « *ut alter suo nomine recte agat* », en supposant que le tiers n'a acquis aucune action, impliquent a contrario que le stipulant peut forcer le débiteur à exécuter son obligation. Mais cette déduction a contrario ne nous semble aucunement forcée. De ce que le tiers n'acquiert aucune action, il ne s'ensuit pas que moi, stipulant, j'en doive acquérir une. Et même s'il en était ainsi, est-il nécessaire d'expliquer la situation par une hypothèse de représentation ? D'ailleurs, les mots « *inanem actum nostrum efficiunt* » nous paraissent trop énergiques pour permettre d'accepter l'argument a contrario présenté par M. Naples, et c'est bien arbitrairement, à nos yeux, qu'il veut restreindre cette « inanité » de l'acte aux seuls rapports du promettant et du tiers.

Pour s'abstenir de discuter d'autres textes⁽³⁾ difficiles à concilier avec sa thèse, le même auteur nous les donne comme étant « absolument étrangers à notre règle » et n'ayant trait « qu'à l'inefficacité de la convention par laquelle une des parties, s'effaçant pour ne laisser apparaître que la personne d'un tiers, manifesterait l'intention de faire acquérir le droit de créance à ce tiers, et à ce tiers seul, situation toute diffé-

(1) Ouvrage cité, p. 15.

(2) Droit des obligations, t. II, § 59.

(3) L. 6, Code IV, 50 ; loi 73, 4, de reg. jur., 50, 17.

rente de celle que crée notre contrat... » Nous ne pouvons admettre une aussi étrange théorie, qui aboutit à rayer de la liste des contrats en faveur de tiers le type même de tels contrats. Ce qui caractérise en effet pour nous ce type, c'est bien l'« effacement » du stipulant et la volonté de faire acquérir au tiers le droit de créance, et non pas l'intention « d'acquérir pour lui-même le droit de créance en vertu duquel il pourra forcer le promettant à s'acquitter envers le bénéficiaire ». En d'autres termes, stipuler pour autrui, c'est stipuler en mon nom (de là, distinction de la stipulation pour autrui et de la représentation), soit pour faire acquérir directement une action à autrui, soit pour m'acquérir à moi-même une action dans l'intérêt d'autrui, mais c'est dans le premier cas que le type de l'opération se réalise le mieux.

Pour clore cette controverse, il nous suffira du reste de signaler, après M. Lambert, un texte de Javolenus qui fait l'application de la règle « alteri nemo » au plus usuel, au plus fréquent des contrats de bonne foi, à la vente. Dans le passage en question ⁽¹⁾ le jurisconsulte suppose que j'ai acheté un fonds pour moi et pour un tiers : ce qui est un contrat sous la forme : mihi et Titio. Or, on se demandait au sujet des « stipulations » faites sous cette forme si elles étaient valables pour le tout au profit du stipulant ou pour moitié au profit de ce même stipulant, le tiers n'ayant dans tous les cas rien à prétendre. Gaius ⁽²⁾ nous

(1) L. 64, D, de contr. emptione, 18, 1.

(2) Commentaire, III, § 103.

apprend qu'à son époque les Sabinien^s donnaient la première solution, et les Proculien^s la seconde, ce qui au point de vue des stipulations proprement dites semble moins exact : car le promettant a promis le tout et non la moitié ; Justinien ⁽¹⁾ n'en sanctionna pas moins l'opinion proculienne.

Quoiqu'il en soit, dans le texte dont nous nous occupons, Javolénus se pose, au sujet d'une vente, la même question qu'on se posait au sujet d'un contrat de droit strict : il se demande si la vente aura effet pour le tout en ma personne, et il répond affirmativement, mais il ne semble pas même penser qu'on puisse soutenir qu'elle ait effet en ma personne et en celle du tiers. Il y a donc assimilation complète de la vente aux contrats de droit strict au point de vue de l'application de la règle *alteri nemo stipulari potest*.

Un autre passage du même auteur vient encore confirmer celui-ci ⁽²⁾. Dans ce passage, il s'agit de la vente d'un fonds avec réserve de servitude *mihi et vicino meo*. « *Proprium solum vendo, an servitute[m] talem injungere possim, ut mihi et vicino serviat ; Similiter si commune solum vendo, ut mihi et socio serviat ? au consequi possim ? Respondi : servitute[m] recipere, nisi sibi, nemo potest. Adjectio itaque vicini pro supervacuo habenda est : ita ut tota servitus ad eum, qui receperit, pertineat. Solum autem commune vendendo, ut mihi et socio serviat, efficere non possum ? quia per unum socium communi solo servitus ad-*

(1) Institutes, l. III, t. XIX, § 4.

(2) L. 5, D. commun. præd, 8, 4.

quiri non potest ». Il n'y aura donc de servitude créée qu'à mon profit, à moi, vendeur, et le contrat est sans effet en tant qu'il est conclu en faveur du tiers, simple voisin, ou même associé, ce qui est plus remarquable. Et les termes du texte excluent bien toute idée de « stipulation » au sens étroit du mot. (An injungere possim?... an consequi possim?... termes très vagues et très compréhensifs) (1). Nous pouvons donc conclure sur ce premier point, avec la plupart des auteurs, que la règle « alteri nemo » est bien une règle générale, s'appliquant à tous les contrats, qu'ils soient de droit strict ou de bonne foi (2).

§ 2. CARACTÈRE DE LA NULLITÉ. — Il convient maintenant de nous demander quelle est l'étendue de cette nullité dont les contrats en faveur de tiers se trouvent frappés. Cette nullité empêchait-elle le contrat seulement à certains points de vue, ou, selon la forte expression de M. Pacchioni, le frappait-elle au centre de sa vitalité même, en lui ôtant tout effet ? Assurément, le tiers n'acquiert aucune action ; là-dessus, il ne saurait y avoir de doute sérieux. Mais parmi les textes prohibitifs, il en est qui semblent se borner à proclamer cette non-acquisition de l'action par le tiers. La loi 11 D. 44, 7 peut être ainsi entendue ; de même la loi 38 § 17, D. 45, 1 ; la loi 73 D. 50, 17, etc. ;

(1) De même dans la loi 11, citée, de obl. et act. 44, 7 : « quaecumque gerimus ».

(2) La loi 5 § 5 de const. pecun., 13, 5 donne pour le constitut la même solution que pour la vente.

et Knaus ⁽¹⁾, déclarant que les contrats en faveur de tiers doivent être considérés comme « privés d'effet » et non comme « absolument nuls », essaie de sauver le principe de la validité du contrat entre les parties contractantes. Pernice ⁽²⁾ semble voir dans la question une question d'interprétation de volontés et n'admettre la nullité absolue du contrat que si le stipulant n'a pas voulu acquérir d'action pour lui-même. « Will also der Stipulant selbst eine Forderung erwerben, so ist freilich der ganze Geselhäft hinfällig ». Tronche Macaire estime également que « l'interprétation des stipulations était permise, mais elle devait être faite assez rigoureusement... Cela suffisait néanmoins pour faire souvent prévaloir des considérations d'équité et sanctionner la volonté des parties qu'une interprétation absolument littérale eût rendue caduque... » ⁽³⁾

Nous croyons cependant qu'il s'agit bien d'une nullité absolue s'étendant non seulement aux rapports (si l'on peut ainsi parler) du tiers et du promettant, mais encore à ceux de ce dernier et du stipulant. Ceci nous semble démontré par les expressions de plusieurs des textes par nous cités dans la précédente section (voyez l. 9, § 4 D. 12, 1... « id est inutiliter » ; — l. 110 pr. D, 45, 1... « inutiliter stipulatus sum » ; — const. 3, code 8, 37, « cum nihil sit actum » ; Institu-

(1) Die sogennanten Verträge zu Gunsten Dritter, p. 8

(2) Labeo, III. 1 p. 193. — De même Grotius, de jure pacis ac belli. l. 2 ch. IX, § 18. n. 1.

(3) Des stipulations et promesses pour autrui, p. 17.

tes § 4 de inutil. stip. III, 19 « si quis alii quam cuius juri subjectus est, stipulatur, nihil agit. » — etc.) On pourrait peut-être songer à invoquer contre nous la constitution 26, code 5, 12 dans laquelle Dioclétien et Maximien s'expriment ainsi : « nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente jure quærere potuit actionem ». Que si en effet le stipulant n'a pu acquérir d'action pour lui, parce qu'il ne l'a pas voulu (cessante voluntate) ne devra-t-on pas admettre qu'il le pourra, si comme l'indique Pernice son intention a été d'acquérir pour lui-même l'action à défaut du tiers ? Nous croyons qu'il faut entendre les mots « cessante voluntate » non pas dans le sens de : « ne l'ayant pas voulu (dans tel ou tel cas donné) », mais plutôt dans le sens de « n'ayant pu le vouloir (dans aucun cas) » (1). Nullité absolue du contrat : telle est pour nous la conséquence que doit emporter la règle « alteri nemo » ; telle est la conséquence qu'elle emporte pour presque tous les auteurs (Accarias, précis de droit romain, vol. II, p. 255 et suiv. ; Maynz, cours de droit romain, tome II, § 206 et suiv. ; Appleton, résumé, tome II, page 39 ; Pacchioni, I contratti a favore di terzi, p. 15 et suiv. ; Naples, ouvrage cité, p. 20 ; etc.).

Il ne pouvait guère d'ailleurs en être autrement. Nous savons que l'intérêt à l'accomplissement d'une obligation est la condition essentielle et nécessaire de la validité même de l'obligation. Avec l'intérêt, l'action cesse (voyez l. 8 § 6, D. mand., 17, 1 ; l. 95, de verb.

(1) Sauf, bien entendu, les exceptions que nous pourrions rencontrer plus tard. Mais nous ne considérons en ce moment que la règle générale.

servum meum occidisti, non affectiones aestimandos esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. Itaque eum que filium naturalem possidet non se locupletioresse, quod, eum plurimo si alius possideret, redempturus fuit, nec illum qui filium alienum possidet, tantum habere quanti eum patri vendere posset ; in lege enim Aquilia damnum consequimur, et amisisse dicimus, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur ». L'intérêt proprement dit est donc pécuniaire). Cette nécessité d'un intérêt et d'un intérêt pécuniaire est affirmée, non seulement par les textes, mais encore par les romanistes. M. Massa (1) cite à l'appui de notre thèse, qui est aussi la sienne, de nombreux partisans de la même solution, Donneau, Duareno, Vinnius (lequel s'exprime ainsi : *proprie id quod interest significat quod nostra interest pecuniariter*), de Crescenzo, Gareis, Brinz, Busch, Kuntze, Schupfer.

Ce n'est pas cependant que l'unanimité soit absolue sur ce point, et plusieurs auteurs font une place très large à l'intérêt d'affection. Nous verrons qu'en effet des dérogations furent apportées à la règle par suite de considération d'humanité et de bienveillance, mais ces dérogations furent tardives et limitées, et il ne semble obl., 45, 1 ; l. 13, pr., *rem ratam haberi*, 46, 8 ; voyez notamment la l. 33, pr. *ad leg. Aquiliam*, 9, 2 : « si

(1) Ouvrage cité, ch. II, § 6, 7.

pas que l'intérêt d'affection ait été reconnu comme valable dans une aussi large mesure que l'indiquent Dernburg, Windscheid et Ihering. Aux yeux des jurisconsultes romains, comme le dit M. Lambert, l'intérêt personnel est le seul qui soit considéré comme capable de déterminer une volonté raisonnable, comme le seul mobile assez sérieux pour que la loi daigne en tenir compte ⁽¹⁾.

L'autorité qui s'attache aux noms de Dernburg, Windscheid et Ihering nous force à exposer en quelques mots leur doctrine. Pour Dernburg ⁽²⁾ l'intérêt pécuniaire ne serait nécessaire que dans les contrats de droit strict. Windscheid ⁽³⁾ pense que l'action doit avoir en principe une valeur pécuniaire pour le créancier, mais que ce n'est pas nécessaire ; que l'on peut admettre des obligations sans tenir compte de l'intérêt patrimonial, et que le juge peut alors, selon son appréciation, condamner à une somme déterminée. Quant à Ihering ⁽⁴⁾, il pose la triple conclusion suivante :

1° La condamnation pécuniaire de la procédure romaine n'entraîne pas forcément que le juge ne puisse évaluer que les intérêts matériels ; l'argent outre sa fonction « d'équivalent » avait aussi un rôle de « satisfaction » ;

2° L'expression « *id quod interest* » s'applique à tout intérêt protégé par le droit ;

(1) La stipulation pour autrui, p. 5.

(2) Pandekten, V. II. p. 48.

(3) Lehrbuch des Pandektenrechts, V. II., p. 3.

(4) Jahrbücher für die Dogmatik, XVIII.

3° La fonction de « satisfaction » de l'argent ne se limite pas aux délits, mais s'applique aussi aux contrats.

Cette théorie trouve un point d'appui dans un texte, la loi 54, pr. D., mand., 17, 1 : (*Placuit eum prudentioribus, affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam*) dont Ihering veut faire un principe général du droit. Mais ce texte n'apparaît pas comme très catégorique. Il fait une certaine place à l'intérêt d'affection, il permet de le prendre en considération ; encore ne fût-ce qu'assez tard, à l'époque des prudents. Il n'implique pas que l'intérêt d'affection ait dû, même à cette époque, être admis toujours, ni dans tous les contrats de bonne foi, mais seulement dans un certain nombre de cas spéciaux (Windscheid et Ihering en citent plusieurs).

Remarquons d'ailleurs que, directement ou non, il faut toujours faire entrer en ligne de compte l'élément pécuniaire ; il faut que l'intérêt du stipulant à l'exécution de l'obligation puisse être évalué en argent ; même dans le nouveau code civil allemand qui n'exige pas pour la validité d'un contrat que l'exécution de l'obligation présente directement un intérêt pécuniaire pour le stipulant, au cas où le débiteur n'exécute pas, il n'a droit à demander d'indemnité qu'à une condition : c'est qu'il puisse évaluer en argent le dommage que lui cause personnellement l'inexécution. Tartufari, partisan de Windscheid, le reconnaît ; or, dans la plupart des cas de contrats en faveur de tiers, il sera malaisé d'apprécier l'intérêt du stipulant. Un intérêt

purement moral échappe à l'appréciation ; et ce qui est difficile aujourd'hui devait l'être bien plus encore à l'époque où la notion même de l'intérêt d'affection ne se dégageait qu'à peine, et devait lutter pour se développer contre tous les instincts du caractère romain, instincts personnels et égoïstes s'il en fut. Dans de pareilles conditions, alors que l'évaluation est le plus souvent impossible, généraliser la condamnation pécuniaire en raison d'un intérêt d'affection lésé, ce serait, comme le dit très bien M. Massa, dénaturer le concept vrai et original de « *l'id quod interest* » pour lui substituer celui de la peine et de la « *vendetta* ».

De tout ceci résulte que non seulement le contrat en faveur de tiers ne donnait pas une action au tiers bénéficiaire, mais que, en principe, il n'en donnait pas davantage au stipulant. Nous pouvons maintenant renforcer par des textes cette déduction logique. Voici une hypothèse où la *voluntas adquirendi* aurait facilement pu être supposée chez le stipulant, et où pourtant la nullité de la stipulation est maintenue avec un caractère absolu :

« *Numeravi tibi decem et hæc alii stipulatus sum : nulla est stipulatio ; an condicere per hanc actionem possim quasi duobus contractibus intervenientibus imo qui re factus est id est numeratione, alio qui verbis id est inutiliter quoniam alii stipulari non potui ? et puto posse* ». Si en effet il avait été réellement possible de considérer la stipulation comme valable pour

(1) Voyez ouvrage cité, ch II, § 7, 8.

le stipulant, il n'eût pas été nécessaire d'avoir recours à la fiction de deux contrats, fiction qui sert à éluder la difficulté naissant dans l'espèce de l'absolue nullité de la stipulation.

Ajoutons enfin que la controverse élevée entre Proculiens et Sabinien sur la stipulation *mihi et Titio* nous fournit un argument. Si en effet nous admettons avec ces derniers que la stipulation est valable pour le tout au profit du stipulant, notre thèse n'est pas confirmée, il est vrai, mais non plus renversée ; car si je puis faire valoir mon droit pour 100 et non pour 50 c'est qu'il a été stipulé 100 et non 50, et qu'on a dû seulement rayer de la stipulation les mots « et Titio ». Il est resté une stipulation de 100 pour moi seul et non pas une de 50 pour moi et une de 50 pour Titius, ce qui laisse la question entière. Que si au contraire, nous admettons avec les Proculiens, avec Julien ⁽¹⁾, Pomponius ⁽²⁾, et plus tard avec Jutien que la stipulation n'est valable que pour moitié, c'est une preuve très forte que le contrat en faveur de tiers est absolument privé d'effets, puisque, malgré ses termes exprès, la stipulation ne vaut alors que pour 50 et non pour 100, et que la seule mention de Titius a suffi à l'annuler pour moitié.

Nous pouvons donc conclure que, dans le droit clas-

(1) L. 56. D. 45, 1.

(2) L. 110, D., 45, 1 : « Si mihi et Tito, in ejus potestate non sim, stipuler decem, non tota decem, sed sola quinque mihi debebuntur : pars enim aliena deducitur, ut quod extraneo inutiliter stipulatus suum, non augeat meam partem ».

sique, la nullité était entendue d'une façon absolument radicale.

Nous croyons même qu'il ne subsiste pas à la charge du promettant une obligation naturelle ; un devoir moral peut-être, mais rien de plus. D'abord l'obligation naturelle, obligation à laquelle la loi concède une certaine efficacité, doit être reconnue expressément par la loi (en tant que naturelle, bien entendu). Or, dans notre cas la loi ne la reconnaît pas expressément. De plus, parmi les différentes classes d'obligations naturelles, nous n'en voyons aucune où celle dont nous nous occupons pourrait rentrer. De prime abord nous ne pouvons la considérer comme une obligation qui, de civile, serait devenue ensuite naturelle. Quant à celles qui sont naturelles dès le début, il en existe deux catégories : 1^o Celles auxquelles l'action est refusée par suite de la condition personnelle des sujets (1) ; 2^o celles où le refus provient de l'absence de certaines conditions de forme. Ni les unes ni les autres ne peuvent contenir parmi elles l'obligation du promettant soit à l'égard du tiers, soit à l'égard du stipulant. Car si l'action est refusée à celui-ci c'est à cause de l'absence d'intérêt de sa part ; et si elle est refusée à celui-là, c'est à cause de sa qualité de tiers, qualité purement négative, sur laquelle on ne peut se fonder pour dire que le refus d'action est motivé par la condition personnelle « du bénéficiaire ». De même on ne peut dire en sa faveur que l'action lui est déniée par suite d'un

(1) Obligation naturelle des esclaves, des personnes soumises à la patria potestas, des pupilles infantiae minores sans l'auctoritas du tuteur.

manque de forme, puisque ce qui manque, ce n'est pas l'accomplissement d'une formalité, mais le consentement même, consentement que le pacte suppose aussi bien que le contrat proprement dit. Pas d'obligation naturelle entre le promettant et le stipulant, puisque rien n'est promis au second par le premier ; pas d'obligation naturelle entre le promettant et le tiers, puisque rien n'a été convenu entre eux.

CHAPITRE II

CAUSES DE LA PROHIBITION

Il semble bien que si l'on soumettait « aux gens du monde » suivant l'expression d'Ihering, le concept du contrat en faveur de tiers tel que nous l'avons déterminé, ceux-ci n'y verraient aucune interne contradiction et n'hésiteraient pas à le considérer comme une institution juridique des plus naturelles et des plus simples. Contracter pour faire acquérir à un tiers un droit quelconque : voici une opération qui, à première vue, apparaît comme très légitime, très louable même, et il faut évidemment un effort de raisonnement pour arriver à en suspecter la validité.

Comment donc les Romains en vinrent-ils donc, sinon dès l'origine (nous faisons pour le moment nos réserves sur ce point), du moins dès une époque très ancienne, à proclamer en règle générale la non-validité du contrat en faveur de tiers ?

Une première réponse vient immédiatement à l'esprit de celui qui a quelques notions juridiques. L'action ne peut être acquise au stipulant, faute d'intérêt ; elle ne peut être acquise au tiers, parce qu'il n'est pas partie au contrat. Oui, mais pourquoi le manque

d'intérêt pécuniaire suffit-il à empêcher le promettant d'acquérir une action ? Pourquoi surtout (c'est là le point capital, à notre avis), pourquoi le fait de n'être pas partie au contrat est-il un obstacle à l'acquisition de cette même action ? Rationnellement, est-ce forcé ? « Un individu s'engage envers un autre, il y a là une convention qui renferme tous les éléments nécessaires à la validité du contrat, et le premier de tous, le concours des volontés ; or, le fait que promet ici le débiteur, c'est de se considérer comme engagé envers un tiers. On peut dire que l'objet du contrat, c'est une obligation envers autrui ; or, à moins de déclarer cet objet impossible ou illicite, il faut bien le déclarer efficace, puisque le contrat est valable de lui-même : le déclarer efficace, c'est dire que le débiteur est déjà engagé, et il est engagé, non pas en vertu d'un acte unilatéral de sa volonté, mais en vertu d'un concours de volontés ; donc l'obligation est déjà née sur sa tête ; si elle est née contre lui, il faut bien qu'elle soit née au profit de quelqu'un.... » (1).

Il ne faut donc pas s'en tenir à l'explication donnée. Sans doute elle n'est pas à rejeter, mais ce n'est qu'une explication immédiate, et dont il faut chercher la raison même dans des considérations plus lointaines. Cette raison, plusieurs auteurs ont cru la trouver dans le formalisme qui faisait de la stipulation *stricto sensu* une institution si étroitement réglementée. Cette théorie se concilie d'ailleurs fort bien avec celle que nous

(1) Saleilles, *essai d'une théorie générale de l'obligation*, p. 266.

avons vue, d'après laquelle la prohibition ne se serait appliquée qu'aux stipulations proprement dites. « Le lien de droit est, par suite du formalisme, dit M. Naples ⁽¹⁾, un lien éminemment personnel, et ce caractère de personnalité s'accuse d'une façon indélébile car, si je n'ai pu acquérir que par moi-même une créance, je ne pourrai de même, par la suite, céder à un tiers le droit résultant de cette créance acquise. » Le matérialisme du droit ancien s'oppose en effet à ces notions qui nous semblent si simples : le transfert du droit, la représentation ; « se substituer aux droits d'autrui est une opération qui, quelque naturelle qu'elle nous paraisse, n'en repose pas moins sur une abstraction » ⁽²⁾.

Nulle part plus que dans la stipulation ce caractère de formalisme et de matérialisme n'a été prédominant. Les paroles solennelles n'ont de valeur que dans la bouche des parties contractantes, et par rapport à elles seules ; si j'ai stipulé pour un autre, j'ai voulu par là même qu'il devînt créancier, et il résulte des termes de la stipulation que je n'ai pas voulu le devenir, car la stipulation ne laisse pas accès à la manifestation contemporaine de deux volontés différentes en une seule déclaration ⁽³⁾, mais le tiers, de son côté, n'ayant pas pris part au contrat, est dans l'impossibilité d'agir « *ex stipulatu* ». L'opération entière est donc nulle, *inutilis vel inanis stipulatio* ⁽⁴⁾.

(1) Ouvrage cité, p. 7.

(2) Ihering, ouvrage cité, p. 126.

(3) Pacchioni, ouvrage cité, p. 16.

(4) V. Ortolan et Labbé, législation romaine, 12^e ed., III, p. 867.

D'autres auteurs, au lieu de se fonder sur les caractères de la stipulation, contrat de droit strict par excellence, et sur les règles du formalisme, invoquent au contraire pour expliquer la règle « *alteri nemo* » des considérations d'équité. Sans parler de Cujas, pour qui cette règle n'était qu'une application du grand principe : « *res inter alios acta tertiis neque nocet neque prodest* », (Voyez *op. omnia*, V. VI. Prato ad l. 38, § 17 de verb. obl., 45, 1), on peut citer en ce sens Donneau et Fabre. Le principe d'équité qu'invoque Donneau est le suivant : nul ne peut rendre plus lourde la condition d'autrui sans un intérêt propre. De fait, si je stipule en faveur d'un tiers, je tends à rendre plus lourde la condition du promettant ; en outre, le promettant certat de damno vitando, et le tiers, de lucro captando : le premier doit donc être favorisé. Et prévoyant une objection facile, il ajoute : « que l'on ne dise pas que le promettant s'est volontairement obligé » ⁽¹⁾, car il faut considérer non pas ce que ce promettant veut, mais ce qu'il était licite au stipulant de faire ; or, il ne lui était pas licite de charger autrui sans un intérêt propre. Ce même principe explique que le paiement fait par autrui libère le débiteur : il n'aggrave en effet la condition de personne et procure au contraire un avantage tant au débiteur qu'au créancier.

Fabre énonce des idées semblables ⁽²⁾. L'obligation étant un *vinculum juris*, aboutit à restreindre la liberté du débiteur. Cette restriction de liberté ne peut s'ad-

(1) *Op. omnia*, v. XI, ad § alteri, de verb. obl. n. 5.

(2) *Conjecturarum juris civilis*, l. 19, c. 17.

mettre que lorsqu'elle est nécessaire ; en dehors du cas de nécessité (c'est-à-dire d'intérêt propre), il ne peut être loisible à quelqu'un de restreindre la liberté d'autrui.

De même M. Accarias pense que « je puis améliorer la condition d'autrui, quand il suffit pour cela de me grever moi-même. Mais je ne le puis plus lorsque ce résultat ne peut-être obtenu qu'à la condition de grever un autre que moi-même, et c'est ce qui arriverait s'il m'était permis d'acquérir une créance pour autrui » (1).

Le raisonnement de ces auteurs est toujours à peu près le même, et il suppose une majeure identique, à savoir que le seul intérêt véritable, le seul digne d'être pris en considération et sauvegardé, c'est l'intérêt patrimonial, l'intérêt personnel direct. Quant à l'intérêt d'affection, on ne le protège pas.

Philosophiquement, cette idée ne nous paraît pas soutenable. La vérité nous semble être dans la maxime de Papinien « *Beneficio adfici hominem interest hominis* », traduction juridique du vers fameux de Térence ; s'il m'est permis de rendre pire la condition de Titius, parce j'y ai intérêt, moi, Servius, je ne vois pas en quoi je ferais un acte moins digne de la protection des lois en rendant cette même condition de Titius pire en faveur de Sempronius. Du moins par la voie d'un contrat librement conclu avec Titius. Sans doute Gaius nous dit avec juste raison : « *Naturalis enim simul*

(1) Précis, tome II, § 518.

et civilis ratio suasit, alienam conditionem meliorem quidem etiam *ignorantis et inviti* nos facere posse; deteriore non posse. » Oui, nous pouvons à l'insu d'un homme rendre sa condition meilleure; oui, nous ne pouvons, à son insu toujours, rendre sa condition pire. Mais lorsqu'au lieu d'agir, ignorante et invito homine, c'est en vertu d'un contrat que nous rendrons la position de quelqu'un plus lourde, qu'importe-t-il encore une fois que ce soit en ma faveur ou en celle d'un tiers ? On peut dire, on a dit qu'on permet d'obtenir ce résultat dans le premier cas, parce que c'est une nécessité stricte de la vie sociale. « Alium autem obligere, dit Donneau ⁽¹⁾, quo quis sibi acquirat, ejusmodi est ut cuique concedere, non modo sit humanum, sed etiam necesse ad vitam tuendam; sine quo et vita hæc, ac convictus hominum inter istos stare non potest. »

Mais à mesure que les instincts altruistes se développent, à même que la vie sociale s'étend, et que nous faisons davantage nôtres les préoccupations de ceux qui nous entourent, le droit d'obliger autrui, non seulement à notre avantage propre, mais aussi à l'avantage d'un tiers, ce droit devient de plus en plus « humain » et « nécessaire ».

D'ailleurs est-il vrai de dire absolument que même en droit romain l'on ne puisse rendre la condition d'autrui pire au profit d'un tiers ? Ce serait exagéré, sinon radicalement inexact. Comme nous le verrons

(1) Liv. XII, col. XVI, § 10.

plus tard, je puis rendre valable une stipulation pour autrui, à la condition d'y ajouter une clause pénale à mon profit. Sans doute l'on peut dire qu'alors à l'intérêt d'autrui, c'est l'intérêt personnel, direct, qui vient s'ajouter. Mais au fond c'est bien dans l'intérêt d'un tiers et non dans le mien que je grève mon cocontractant, puisque la clause pénale a pour but essentiel d'assurer l'exécution de l'obligation principale. Le débiteur peut payer au tiers la chose promise; il peut me payer, à moi, la somme stipulée comme peine; je ne puis le contraindre à effectuer la première prestation s'il préfère effectuer la seconde; mais il devra effectuer l'une ou l'autre; sa condition est rendue pire et ce n'est pas dans mon intérêt; je ne stipule pas pour obtenir la clause pénale : ce serait le monde renversé; mon seul intérêt, c'est de voir le tiers bénéficier du contrat que j'ai passé pour lui. C'est un intérêt d'affection.

Non pas que nous prétendions ôter aux considérations de Donneau et de Fabre toute valeur historique. Nous pensons que le principe posé par eux n'a pas une sérieuse valeur philosophique et que, historiquement, il n'a peut-être pas été clairement aperçu, ni strictement appliqué par les Romains. Mais à ne le prendre que comme l'indication d'une tendance de l'esprit romain, on aurait tort en lui déniait toute importance. Sociologiquement, on ne peut contester dans l'âme populaire, et surtout aux époques d'égoïsme, l'existence d'un sentiment qui se traduit par cette idée qu'un acte quelconque lésant, — jure ou non, —

autrui, est en quelque sorte plus compréhensible, plus admissible, si l'agent y trouve son intérêt personnel ; l'âme humaine est ainsi faite que pour beaucoup l'intérêt égoïste est le seul mobile excusable des actions qui blessent notre propre égoïsme. « Si encore il travaillait pour lui ! » dira volontiers le paysan, du gérant de son voisin, si celui-ci réprime ses empiétements. C'est ainsi que l'idée de Donneau et de Fabre reprend psychologiquement la valeur que, moralement, on ne pourrait lui reconnaître.

Mais il nous semble que la notion qui véritablement est à la base de la prohibition des stipulations pour autrui, c'est la notion de la personnalité du contrat, notion parente de celles que nous venons de considérer, mais cependant distincte.

Le caractère romain compte parmi ses traits les plus essentiels, surtout dans la première partie de l'histoire de Rome, alors que l'esprit national n'était pas altéré, un sentiment très vif, très orgueilleux, de la personnalité, le désir et l'instinct de se suffire à soi-même sans secours étranger. Le vieux poète Appius Claudius Cæcus s'écriait alors : « Faber suæ fortunæ unusque est ipsus ». C'est de soi seul que chacun entend tenir ses droits.

De soi seul, — ou du peuple, de la masse des citoyens considérée dans son ensemble, car ce sentiment de la personnalité égoïste dont nous parlons se trouve contrebalancé par un sentiment aussi fort, aussi énergique, le sentiment de la toute-puissance de l'État, et de la complète subordination du citoyen. Vis-à-vis de

son voisin, chacun se redresse et s'isole, en quelque façon ; vis-à-vis de l'Etat, tout le monde s'incline, tout le monde se sent lié à quelque chose de plus grand que les intérêts particuliers.

En ce qui concerne les rapports contractuels, on peut dire que ces deux éléments de l'âme romaine s'opposèrent tout d'abord l'un à l'autre, puis s'équilibrèrent, à mesure que l'on comprit mieux et que l'on dégagèa plus nettement la notion même du contrat. L'ingérence de l'Etat fut reconnue abusive dans les rapports privés, et en fut écartée ; mais par cela même, ainsi que nous allons le voir, le contrat entre particuliers apparut comme une institution d'un effet rigoureusement restreint à ceux qui l'avaient conclu. Et il est permis de penser que si le contrat eut dans « l'ancien droit » ce caractère étroit de personnalité c'est peut-être par une réaction contre les conceptions du « très ancien droit », où ce caractère n'existait pas, le contrat étant alors comparable dans une certaine mesure à un acte législatif, valable à l'encontre de tous. C'est cette évolution historique que nous devons essayer de retracer maintenant.

Dans le très ancien droit romain, on ne saurait se poser la question : « admet-il le contrat en faveur de tiers ? » Et cela pour une bonne raison, c'est que dans le système juridique de cette époque, il n'existe pas une théorie des contrats analogue à celle que nous possédons ; et encore moins une théorie du contrat en faveur de tiers. M. Pacchioni ⁽¹⁾ insiste très justement

(1) Ouvrage cité, p. 5.

sur ce point. La conséquence toute naturelle est que cette même époque ne connut pas la règle prohibitive dont nous nous occupons.

Toutefois il est une règle du droit antique, formulée de deux façons, qui semble s'opposer à la conclusion de ce raisonnement. C'est la règle : « *per extraneam personam adquiri non potest ; per liberam personam adquiri non potest* » (1). Il semble bien qu'on puisse voir là une prohibition du contrat en faveur de tiers. L'auteur que nous suivons en ce moment, M. Pacchioni, s'y refuse néanmoins, et ses arguments nous paraissent assez sérieux.

Pour lui cette règle n'eut pas, à l'origine, une « fonction consciente et positive ». Elle ne tend pas à déclarer nuls les contrats en faveur de tiers, mais plutôt « à délimiter nettement la fonction économico-juridique des individus soumis au pouvoir du chef de famille ». Ce n'est que par la suite que cette règle fut utilisée à la justification d'une prohibition qu'elle n'avait pas pour but primitif d'édicter. Nous aurions là un exemple de plus de ces transformations que subissent les règles de droit, suivant les milieux et les époques où elles sont appliquées.

Si nous comprenons bien M. Pacchioni, en énonçant cette règle, le législateur primitif : « *per extraneam personam adquiri non potest* », aurait seulement voulu interdire à ceux qui sont soumis à un *paterfamilias* d'acquérir pour un autre que celui-ci, c'est-à-

(1) On discute sur le point de savoir quelle est de ces deux formules la plus ancienne. Pacchioni soutient contre Schlossmann que c'est la première.

dire pour une personne vis-à-vis de laquelle ils sont des extranei. L'extraneus est celui qui n'est pas membre de la familia, familiaris : pour préciser et délimiter les fonctions du familiaris dans la familia, il suffit d'exclure que ces fonctions puissent être exercées par l'extraneus. La seule portée de la règle serait donc celle-ci : exclure que par l'effet de la volonté d'un individu, il puisse se produire en dehors de la famille, ce qui par suite de l'organisation de celle-ci se produisait à son intérieur.

Nous savons que dans le très ancien droit romain, le centre de toute la vie juridique était la mancipation per æs et libram. A l'époque primitive, c'est à peu près le seul moyen que les particuliers aient de faire tout ce qu'ils pourront faire plus tard à l'aide des divers types de contrats. Or, le trait fondamental de cette solennité consiste en cela qu'elle ne crée pas les droits mais bien « le droit ». Comme nous le disions plus haut, il y a là un acte plutôt législatif que contractuel : « cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto ! » (1). La présence des 5 témoins représentant le peuple tout entier donne bien à cette proclamation son véritable et original caractère. Ce qui est créé, c'est un nouveau droit, objectivement parlant. Et de même que l'acte législatif a une valeur universelle, de même le droit créé per æs et libram est

(1) « L'impératif est la forme dans laquelle s'exprime la lex ». (Ihering, ou vrage cité, tome III page 287). — Et encore : « L'impératif contient un ordre, une invitation catégorique ; c'est surtout le peuple qui l'emploie dans ses décrets ». (Id., p. 285).

valable pour des personnes autres que celles qui ont « contracté », si ce mot peut être employé ici. L'acte fonde « un état de droit objectif, et dont les effets peuvent se développer dans différentes directions, un état de droit dont les tiers pourront valablement se réclamer ⁽¹⁾ ».

Il est un cas notamment où l'ancien droit romain laissait la mancipation produire des effets au profit de tiers. C'est le cas de *mancipatio familiæ* qui servait alors de succédané au testament. On a soutenu en effet que des tiers pouvaient, en se basant sur cette mancipation, faire valoir des droits contre le *familiæ emptor*. C'est une opinion à laquelle les observations précédentes donnent un poids considérable. Elle a été combattue, il est vrai, par différents auteurs, notamment Fadda ⁽²⁾ ; mais l'argumentation de cet écrivain prête le flanc à une sérieuse critique. En affirmant, comme il le fait, que « d'un acte passé entre le *mancipio* dans et le *mancipio accipiens*, ne pourraient évidemment dériver des droits en faveur de tierces personnes », Fadda suppose admis ce qui est précisément contesté, à savoir que la mancipation doive être considérée comme un simple contrat, au sens moderne du mot, et que la règle *alteri nemo* lui soit applicable. C'est un cercle vicieux ; car il est au moins douteux que la *mancipatio familiæ* notamment soit à considérer uniquement comme un simple contrat, n'ayant de valeur

(1) Pacchioni, ouvrage cité, p. 9.

(2) Della origine dei legati, pages 194 et sq.

qu'entre le mancipans et l'emptor, et par leur seul fait. Tout autre est le caractère de cette opération juridique. Fadda déclare bien non sérieuse, l'opinion d'après laquelle le « gestum per oēs et libram » serait un « succédané de la présence et de la délibération des comices », mais sans vouloir établir une filiation absolument directe et immédiate entre la lex proprement dite et la familiæ mancipatio, on ne peut se refuser à voir entre elles une certaine parenté et des caractères communs. Est-il possible d'admettre, comme le veut M. Fadda, que le droit du légataire n'ait pas eu d'autre garantie que la bonne foi du familiæ emptor ? Bechmann ne le pense pas ⁽¹⁾. Sohm estime aussi que les tiers eurent toujours action contre le familiæ emptor ; et il voit précisément dans le cas qui nous occupe le cas le plus ancien, connu à Rome, de contrat en faveur de tiers.

Remarquons d'ailleurs que si la fides seule obligeait l'emptor familiæ envers les tiers, comme le veulent M. Fadda, et avant lui, Hölder, la violation de cette fides tombait sous la sanction religieuse des mânes, et l'état des croyances devait assurer presque toujours en fait l'exécution des volontés du de cujus, sur la simple réclamation des tiers bénéficiaires, et sans résistance du familiæ emptor. Le droit religieux, sinon le droit civil strict garantissait l'intérêt des tiers, et la conscience publique, à tout le moins, reconnaissait la validité morale d'un contrat en faveur de tiers. Mais

(1) Voyez Fadda p. 195.

nous croyons devoir aller plus loin, et penser avec M. Pacchioni que la *mancipatio familiæ*, un des actes les plus solennels de la vie romaine, accompli devant témoins, publiquement, avec formes et rites prescrits, pouvait donner à des tiers le droit de se réclamer d'elle pour obtenir la reconnaissance des droits que le mancipant avait entendu leur conférer.

Ceci entendu, il ne faut pas exagérer la portée de nos conclusions, et surtout il faut bien voir comment elles aboutissent à expliquer dans l'ancien droit romain la généralisation de cette même règle « *alteri nemo* » qu'elles semblent tout d'abord exclure.

Ehrenzweig admet que, même à l'époque classique, la mancipation continua à produire des effets en faveur des tiers ; son argument est assez séduisant ; il le déduit de ce fait que les dérogations au principe de la nullité n'apparurent que tardivement : l'explication en serait que, tant qu'on usa de la mancipation, on ne sentit pas le besoin de ces dérogations puisque, en règle générale, on pouvait « *cavere alteri* », et parce que les *negotia* qui, plus tard, continuèrent les exceptions se faisaient primitivement *per æs et libram*. Cette vue est ingénieuse, mais nous paraît un peu conjecturale et trophardie. En réalité si les Romains n'admirent que fort tard et en de rares cas des exceptions à la règle prohibitrice, c'est que d'un côté le droit de famille ainsi que nous l'avons vu, y apportait un large correctif, et que, d'autre part, en faisant accéder le

(1) *Institutionem des romischen Rechts* 3^e ed. § 90, p. 140.

(2) *Beitrag zur Geschichte des römischen Erbrechts*, p. 59.

tiers à la stipulation, on pouvait éviter le plus souvent les inconvénients de cette règle. Sans doute, il reste à expliquer comment le vieux contrat *per æs et libram* fut restreint dans ses effets aux parties contractantes : cette évolution se produisit à mesure que l'idée de contrat se fit jour et envahit le champ des obligations, faisant reculer devant elle l'idée de « *lex* ». L'antique : « *ita jus esto* » perdit sa signification originale, et le *per æs et libram gestum*, au lieu d'être la source du droit ne fut plus que la source des droits personnels des parties. Une trace de cette évolution se retrouve dans la loi 73, D., 50, 17 : « *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando alteri caveri potest* ».

Nous croyons même qu'il y a quelque chose de très exact dans cette vue de M. Pacchioni que « la proclamation du principe de la nullité des contrats en faveur de tiers fut occasionnée, ou du moins hâtée, par l'opposition qui, dans le premier système classique devait exister entre le concept et les effets de l'ancien contrat *per æs et libram* », de caractère mi-contractuel, mi-législatif, si l'on peut dire, « et le concept et les effets du contrat tel qu'il s'affirmait dans le droit classique ⁽¹⁾. » Celui-là est un *negotium publicum*, destiné à produire le droit ; celui-ci un *negotium privé*, destiné à produire des rapports de droit entre les contractants et eux seuls. Rien d'étonnant à ce que cette opposition se soit traduite dans les règles concernant les deux institutions avec d'autant plus de force que la notion nouvelle du contrat privé,

(1) Ouvrage cité, p. 12.

ayant à se faire sa place dans le monde juridique, devait s'affirmer avec des caractères plus tranchés et plus originaux ; et il est permis de penser que la règle prohibitrice se présenta comme d'autant plus naturelle, en tant que concernant les contrats proprement dits, qu'elle n'avait pas été appliquée en tant que concernant le *per æs et libram gestum*.

Rappelons-nous, d'autre part, l'existence de ces antiques règles dont nous avons parlé plus haut : « *per extraneam personam* » ou « *per liberam personam, adquiri non potest* », et qui se prêtaient facilement à être interprétées dans un sens d'absolue prohibition du contrat en faveur de tiers (si facilement même, qu'il faut y regarder de près pour leur trouver une autre et plus ancienne signification). De ces règles, interprétées par des juristes auxquels le contrat se présentait comme un acte tout privé et empreint d'un caractère de personnalité, on fit sortir la règle nouvelle, qui interdisait le contrat en faveur de tiers : « *alteri nemo stipulari potest* ». Ce qui semble bien le prouver, c'est que cette règle est plus précise, plus « positive » et qu'elle envisage non la personne à qui le droit est (ou n'est pas) acquis, mais bien celle qui veut acquérir le droit pour un tiers.

Nous trouvons donc la source première de la prohibition dans l'esprit même de l'ancienne Rome, esprit de personnalité et, on peut le dire, d'égoïsme. Que si la règle « *alteri nemo* » n'eut peut-être pas tout de suite une application générale, c'est que cet esprit romain comprenait encore un autre élément, qui se trouva quelque

temps antithétique au premier : c'est la tendance que l'on peut appeler étatiste, et dont le résultat était de faire intervenir la « lex » dans les rapports privés, la lex avec ses effets généraux et absolus. Mais quand le processus juridique eut amené les Romains à découvrir et dégager la notion du contrat privé, ce merveilleux outil de l'individualisme, aussitôt ils en restreignirent étroitement les effets aux parties contractantes et donnèrent à l'idée de personnalité du contrat une valeur absolue. Les résultats ainsi obtenus se trouvaient d'autre part concorder parfaitement avec les conséquences logiques du formalisme tel qu'il s'appliquait au contrat type de cette époque, la stipulatio stricto sensu. D'autre part encore, la rigueur particulière des voies d'exécution qui faisaient par avance de l'obligé l'esclave éventuel du créancier firent considérer comme peu favorables les créations d'obligations ; on vit un bienfait dans la restriction des cas où ces créations étaient permises aux seules hypothèses d'obligations devant profiter au stipulant même. La liberté de tout lien fut considérée comme l'état normal et souhaitable de chaque homme et les obligations ne furent reconnues et sanctionnées que dans les limites les plus étroites de la nécessité pratique (1). C'est-à-dire qu'un créancier ne put poursuivre l'exécution d'une promesse à lui faite que quand elle lui était faite dans son propre intérêt. On lui refusa l'action quand il s'agissait d'un contrat en faveur de tiers, et l'on admit cette présomp-

(1) V. Champeau, ouvrage cité, p. 14.

tion, philosophiquement inexacte, que, dans ce cas, le stipulant se trouvait sans intérêt.

C'est ainsi que le contrat en faveur de tiers se trouva nul d'entière nullité, ne produisant d'effets ni dans la personne du tiers, en tant que contrat en faveur de tiers, ni dans la personne du stipulant, en tant que simple contrat ne liant que les parties en cause, n'ayant ni la valeur absolue (qu'on ne lui accorde encore qu'à peine dans la doctrine contemporaine) qui consiste à faire naître un droit dans la personne même du tiers, ni cette valeur relative qu'il aurait eue si l'on avait permis au stipulant d'agir en vertu du contrat pour en faire obtenir au tiers l'émolument.

Nous avons établi la règle avec toute sa portée, nous en avons recherché les causes ; il nous faut maintenant nous enquerir des dérogations, des exceptions qui lui furent apportées au cours des âges, et rechercher dans quelle mesure ces exceptions absorbèrent la règle, avec quelle rapidité aussi l'évolution s'effectua, sous quelles influences enfin elle s'accomplit. C'est la tâche qui va désormais nous occuper.

CHAPITRE III

LES EXCEPTIONS APPARENTES

Etant donnée une règle prohibitive de certains contrats, telle que la règle « *alteri nemo* », on peut concevoir diverses sortes de dérogations à cette règle. Il y a, d'une part, les exceptions véritables, les dérogations réellement incompatibles avec le principe même sur lequel la règle est fondée ; exceptions qui à mesure qu'elles se multiplient manifestent l'irruption latente d'un principe nouveau, contraire et hostile à l'ancien ; il y a, d'autre part, les dérogations produites non par l'application de ce principe contraire, mais par celle de principes pour ainsi dire latéraux, qui en se combinant avec le premier ont pour résultat d'en restreindre le domaine, sans pour cela le contredire comme principe.

Pour ne considérer que le cas concret dont nous avons à nous occuper, la règle « *alteri nemo* » supporte tout d'abord des exceptions apparentes, des exceptions qui n'en sont pas, dont l'existence ne détruit en rien ce principe que le contrat en faveur de tiers est sans effet. A l'examen de ces prétendues exceptions, il nous suffira de serrer d'un peu près le contenu exact de la

règle prohibitrice pour constater qu'en elle rien ne s'opposait radicalement à leur validité. Il en est d'autres au contraire que cette même règle rigoureusement entendue semblerait devoir exclure et qui sont dans toute la force du terme des « exceptions ». Ce sont celles-ci surtout dont nous devons chercher à apprécier l'importance et la signification. Mais la logique nous prescrit d'étudier d'abord les exceptions que nous qualifions d'apparentes.

Nous avons mis d'avance à part ce qu'on pourrait dire de l'effet produit par les contrats de l'esclave ou du fils de famille, dans la personne du *paterfamilias* et par ceux du *de cujus* dans celle de l'héritier. Pour nous il n'y a là rien qui ressemble de près ou de loin à une exception. Pour qu'il y ait exception, il faudrait qu'au moins en apparence un droit soit acquis à un tiers par un contrat auquel il est demeuré étranger. Or, ici, il n'y a pas de tiers à proprement parler. On peut être tenté d'opposer en ce qui concerne l'héritier que souvent le contrat fait en sa faveur est nul, et que si l'on devait le considérer comme n'étant pas un tiers, c'est un résultat qui ne devrait jamais se produire. On conclurait que l'héritier est bien un tiers, et que lorsque l'on valide le contrat conclu en sa faveur, on apporte réellement une exception à la règle *alteri nemo*.

Nous croyons qu'il n'en est rien. Non, l'héritier n'est pas un tiers. Mais d'autres raisons interviennent pour motiver dans certains cas la nullité, dans certains autres la validité du contrat conclu en sa faveur. Il est à remarquer que *Gaius* traite des contrats en faveur

de l'héritier dans les paragraphes des Institutes où il s'occupe de la nullité des stipulations due à l'impossibilité de la prestation qui en fait l'objet ; il ne fait en revanche aucune allusion à la théorie des stipulations pour autrui, et se borne à dire que dans les cas où la stipulation est inefficace, le droit n'ayant pas pris naissance dans la personne du stipulant, c'est « *quia inelegans esse visum est ex heredis persona incipere obligationem* (1) ».

Voici, en effet, quelle est la situation : mon héritier, quand il peut agir en suite du contrat conclu par moi, le fait en tant qu'héritier. Il faut donc que le droit soit né en ma personne. Or, si j'ai stipulé pour mon héritier seulement, le droit n'est pas né en ma personne ; l'objet de la prestation revêt en quelque sorte en ce qui me concerne un caractère d'impossibilité. En conséquence, mon héritier ne peut agir. Ce qui montre que l'idée directrice n'est pas l'idée de nullité du contrat en faveur de tiers, c'est l'expédient même qui a été employé pour valider la stipulation *heredi meo*. Pour y arriver, on s'est borné à stipuler « *mihi et heredi meo* ». Or, s'il s'agissait d'un contrat en faveur de tiers, un tel procédé ne le validerait point ; sans doute le contrat produirait ses effets pour moi (soit pour le tout, soit pour moitié, suivant les opinions procu-lienne et sabinienne), mais il ne produirait pas effet pour le tiers. De ce que l'héritier ne pouvait agir que dans sa qualité d'héritier, résultait encore ce fait que

(1) Gaius, III, § 100.

la stipulation contractée pour moi et l'un de mes héritiers produisait effets aussi pour tous les autres héritiers éventuels. Justinien, dans sa constitution célèbre, (Code, IV, 11), n'introduit en réalité aucune innovation radicale ; il se contente de supposer dans les stipulations en faveur des héritiers l'insertion de l'expédient, et de les déclarer valables, en règle générale, que l'on ait en fait usé ou non de cet expédient. Cette « *voluntas contrahentium* » que Justinien veut faire respecter, c'est précisément la volonté de faire naître une obligation valable en faveur du patrimoine du stipulant, cela malgré la stricte *conceptio verborum* qui semble exclure dans l'intention de celui-ci l'idée de faire valoir l'obligation personnellement.

En résumé, quand nous nous trouvons en présence d'une stipulation en faveur de l'héritier, qui est nulle, nous n'avons pas à relever une application de la règle *alteri nemo* ; et par suite quand nous voyons valider une telle stipulation, nous ne devons pas voir là une exception à cette même règle. L'héritier n'est pas un véritable tiers, et la stipulation faite en sa faveur est en dehors du domaine de notre règle ; que si cette stipulation est néanmoins nulle parfois, c'est en vertu d'autres principes, étrangers à notre sujet.

La règle *alteri nemo* subit encore d'autres apparentes dérogations qu'on ne peut qualifier raisonnablement d'exceptions. Ce sont, au contraire, à regarder les choses de près, des applications de la règle bien entendue.

Il en est ainsi notamment lorsque le stipulant se

trouve avoir en réalité un avantage personnel à l'exécution de l'obligation. Nous avons vu en effet que la raison immédiate pour laquelle l'action est refusée au stipulant est le manque d'intérêt de sa part ; il s'ensuit que lorsque son intérêt apparaît, l'attribution de l'action ne rencontre plus d'obstacle. « Sed et si quis stipuletur alii cum ejus interesset, placuit stipulationem valere » (1). Et toutefois, cette règle même, si naturelle et si compatible qu'elle soit avec la règle « alteri nemo », ne se présente pas avec un caractère absolu, surtout avant la législation justinienne. Son existence à l'époque classique est fortement contestée. Ulpien en effet ne nous dit pas, comme Justinien : « placuit stipulationem valere ». Il se borne à poser la question : « Si stipuler alii cum mea interest, videamus an stipulatio committatur ? » et il répond : « Et ait Marcellus stipulationem valere in specie hujusmodi ». Puis il expose l'espèce, et citant à nouveau son auteur avec quelque timidité, il conclut : « ait Marcellus posse defendi stipulationem valere ».

L'hésitation d'Ulpien se comprend. La question qui se posait était celle-ci : il peut arriver qu'une stipulation, conclue en apparence en faveur d'un tiers, le soit en réalité en faveur du stipulant. Il est alors naturel de chercher à valider cette stipulation et à faire prévaloir la réalité sur la *conceptio verborum* ; mais le formalisme dut opposer longtemps une bar-

(1) Inst. de inut. stip. § 20. III, 49. — Id., I. 33 § 20, D. de V. O., 45, 1. Il s'agit bien entendu d'un intérêt matrimonial. — Voyez Accarias, 2^e vol., pages 255 et sq.

rière à cette validation. On sait bien qu'à l'origine, dans les premiers contrats générateurs d'obligations, contrats solennels, la décision du juge était étroitement limitée par le contenu de la formule prononcée ; sa mission ne consistait qu'à déduire les conséquences immédiates de l'engagement tel qu'on l'avait conclu en la forme ; il ne pouvait rechercher des éléments de décision au dehors des paroles prononcées (1). Le créancier ne pouvait invoquer que l'intérêt qui ressortait clairement des verba, sans pouvoir se réclamer des circonstances étrangères à l'acte qui devaient lui faire trouver un avantage indirect, même patrimonial, dans l'exécution du contrat. Peut-être, comme le suggère M. Champeau (2), « Marcellus, et après lui Ulpien furent-ils les premiers à décider que le stipulant, pour valider le contrat conclu au profit d'un tiers, pouvait révéler l'intérêt qu'il avait à son exécution ». Et il semble bien, si l'on examine les différents textes qui se rapportent à notre matière qu'il y eut là une évolution plutôt qu'une révolution subite. Examinons en effet ces textes.

Celui que l'on peut prendre comme point de départ est précisément la décision d'Ulpien dont nous avons parlé et qui est ainsi conçue :

« Si stipuler alii, cum mea interesset, videamus au stipulatio committetur, et ait Marcellus stipulationem valere in specie hujusmodi : is qui pupilli tutelam ad-

(1) Im Anfang war die That, dit Faust. — En matière juridique, im Anfang war das Wort.

(2) La stipulation pour autrui, p. 24.

ministrare ceperat, cessit administratione contuttori suo et stipulatus est rem pupilli salvam fore ; ait Marcellus posse defendi stipulationem valere : interest enim stipulatoris fieri quod stipulatus est cum obligatus futurus esset pupillo si aliter es cesserit », (l. 38, § 20, D. de V. O, 45,1).

Nous trouvons dans cette loi trois parties : 1° la première phrase (jusqu'à *is qui...*) qui est une sorte d'introduction, et qui semble avoir pour but de ramener la décision particulière qui suit à un principe général ; 2° l'exposition des faits et la décision de Marcellus ; 3° une justification de cette dernière. Or, de ces trois parties, il semble bien que la première et la troisième soient interpolées⁽¹⁾ ; on trouve en effet à l'interpolation de ces phrases deux au moins des motifs donnés par M. Henri Appleton⁽²⁾ aux interpolations du Digeste : le désir de mettre un fragment en harmonie avec le droit de l'époque justinienne ; — le désir de donner une explication. La première phrase semble motivée par la première de ces deux intentions, et la seconde phrase par la seconde. Reste la décision même de Marcellus et d'Ulpien ; et cette décision a comme caractère très net de ne s'appliquer qu'à un cas spécial ; encore Ulpien ne la présente-t-il qu'avec doute en citant Marcellus, qui lui-même n'emploie pas non plus des expressions d'une énergie bien forte : « ait posse defendi ».

(1) C'est du moins l'avis de M. Pacchioni ; mais n'en serait-il pas ainsi qu'il n'y aurait pas lieu néanmoins, selon nous, de voir dans le texte une disposition de caractère général.

(2) Des interpolations dans les Pandectes, p. 18 et sq.

Quant à l'espèce considérée en elle-même, l'intérêt du stipulant y apparaît facilement : un pupille, ayant plusieurs tuteurs, l'un de ceux-ci cède l'administration à l'un de ses cotuteurs. Vis-à-vis du pupille, le tuteur qui se retire reste évidemment responsable de la mauvaise gestion du tuteur resté en fonctions. Pour se garantir contre les suites de cette responsabilité, il stipule de ce dernier « rem pupilli salvam fore ». Donc, bien qu'en la forme, il y ait stipulation pour autrui (le pupille), en réalité, la stipulation est dans l'intérêt du stipulant (le tuteur qui se retire). La mesure de l'intérêt de celui-ci est facile à déterminer : son intérêt est égal à la somme qu'il aura dû déboursier pour désintéresser le pupille en cas de mauvaise gestion du tuteur resté en fonctions. Remarquons d'ailleurs que la stipulation, au fond, est si peu faite en faveur d'un tiers, qu'elle n'ajoute rien à l'obligation du tuteur vis-à-vis du pupille : le seul effet que la stipulation peut avoir à ce point de vue serait de transformer l'action de bonne foi résultant de la tutelle en action de droit strict (1).

Dans la même loi 38, D, de V. O, 45, 1, le § 21 contient un cas analogue à celui que nous venons de considérer. Voici d'abord le texte :

« Si quis insulam faciendam promiserit aut conduxerit, deinde ab aliquo insulam stipulatori fieri stipulatus sit : aut si quis, cum promississet Titio fundum Mævium daturum, aut, si non dedisset, poenam se

(1) Champeau, ouvrage cité, p. 26.

daturum, stipulatus Mævio fuerit fundum Titio datu iri ; item si quis id locaverit faciendum quod ipse conduxerit : constat habere eum utilem ex locato actionem. »

Ce fragment considère donc trois cas : dans le premier, j'ai promis à quelqu'un de lui construire une maison ; puis, pour une raison quelconque (absence forcée, etc.) je stipule de Mævius qu'il construira cette maison ; dans le second, j'ai promis à Titius, sous la garantie d'une clause pénale, que Mævius lui donnerait un fonds ; puis, pour ne pas avoir à payer le montant de la clause pénale, je stipule de Mævius, qu'il donnera le fonds à Titius ; dans le troisième, je stipule de Séius l'exécution d'une obligation que je m'étais engagé à exécuter moi-même envers Titius.

Ces trois cas présentent des analogies notables. Il y a un engagement nouveau vis-à-vis du tiers, ce qui n'avait pas lieu dans l'hypothèse précédente, où le cotuteur resté en fonctions était déjà tenu envers le pupille. Aussi peut-on penser que la solution donnée ici par Ulpien n'avait pas été donnée avant lui, ni par Marcellus, ni par un autre, et qu'elle a été introduite pour la première fois par le grand jurisconsulte. Remarquons de plus que ces trois cas ont un caractère commun, celui d'impliquer une « compénétration d'intérêts » : ce que le stipulant stipule du promettant est précisément ce que le tiers bénéficiaire avait déjà stipulé de lui. Son intérêt se trouve ainsi mathématiquement déterminé. N'oublions pas enfin que le contrat intervenu entre les parties ne donne aucun droit au

tiers; ce que j'ai stipulé de Mævius en faveur de Titius, je pourrai, moi, en exiger la prestation ; mais Titius n'acquiert pas directement de droit contre Mævius : il n'a que son droit contre moi, résultat du premier contrat intervenu. On voit que même s'il y avait là une exception à la règle « *alteri nemo* », — et il n'y en a pas, — cette exception serait incomplète, puisque le contrat n'est validé qu'entre les parties, et qu'il reste impuissant à faire naître un droit directement dans la personne du tiers.

Une solution d'un caractère plus général semble être donnée par la même loi 38 D, de V. O., 45, 1, aux § 22-23, où nous lisons :

« *Siquis ergo stipulatus fuerit, cum sua interesset ei dari, in ea erit causa, ut valeat stipulatio.* »

« *Unde et si procuratori meo dari stipulatus sum, stipulatio vires habebit; et si creditori meo, quia interest mea, ne vel pæna committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant.* »

Pernice ⁽¹⁾ est d'avis que ces lignes ont subi des interpolations et que l'élargissement donné par ce fragment à la théorie de Marcellus ne doit pas être attribué sans contestation à la doctrine classique. Mais lors même qu'il n'en serait rien, il ne faudrait voir là qu'une application au mandant de l'idée que Marcellus appliquait au tuteur. De même que le tuteur peut, dans son intérêt réel, stipuler en apparence en faveur de son pupille, de même le mandant peut stipuler en

(1) Ouvrage cité, III, p. 194, note 1 : « L § 20, ne se laisse pas démêler, les paragraphes suivants sont des compilateurs ».

faveur de son mandataire. Voici un cas concret : j'ai chargé Titius d'acheter un fonds pour moi. Or, l'argent lui manque. Je stipule alors de Séius, en faveur de Titius la somme nécessaire : c'est moi qui doit retirer le véritable profit de cette stipulation. Dans ce cas, manque l'élément qui caractérisait les trois hypothèses citées au § 21 : la compénétration des intérêts ; il semble donc que la doctrine fasse un pas de plus. Mais la stipulation ne produit toujours d'effets qu'entre les parties : le texte en effet se borne à dire : « stipulatio vires habebit ». C'est donc toujours moi seul qui ai action, et cela dans la mesure de mon intérêt ⁽¹⁾ seulement ; il n'y a donc pas exception véritable à la règle prohibitrice.

Une donnée classique moins contestable se trouve dans un fragment de Papinien (l. 118, § 2, D, de V. O., 45 1) ainsi rédigé :

« Decem mihi aut Titio, utrum ego velim dare spondes? Ex eo quod mihi dandum est certi stipulatio est, ex eo quod illi solvendum, incerti : finge mea interesse Titio potius quam mihi solvi, quoniam pœnam promiseram, si Titio solutum non fuisset. »

Dans cette hypothèse, Titius intervient comme adjectus solutionis causa (théorie à voir plus loin) ; mais ce texte n'en a pas moins de l'importance au point de vue qui nous occupe. Il a fourni la pierre d'attente pour le développement de la théorie de l'intérêt dans le droit postclassique ⁽²⁾ ; on est arrivé à considérer la stipu-

(1) Voyez le développement, Champeau, ouvrage cité, p. 29.

(2) Pacchioni, ouvrage cité, p. 25.

lation d'un certum en faveur d'un tiers (qui, comme telle était nulle) comme valable en tant que stipulatio incerti en faveur du stipulant lui-même. Le développement dont nous parlons se présente comme achevé dans la const. 3, § 1^{er}, Code, 8, 39. Cette constitution de Dioclétien et Maximien est ainsi conçue :

« Ut inter absentes verborum obligatio contrahi non potest, ita alteri, cujus juri subjectus non est, aliquid dari vel restitui, nisi sua intersit, nemo stipulari potest. Cum igitur, defuncta in matrimonio filia tua, superstitis filii nomine partem dimidiam dotis a marito detineri, alteram vero partem nepoti tuo, vel, si in rebus humanis non esset, Juliano restitui per pactum convenisse proponas, preventivoque morte nepote etiam stipulationem ad Julianum factam ob absentiam ejus non valuisse significes, ac propterea ex persona ac stipulatione tua, qua restitui cuncta juxta pactorum tenorem provideras, reddi tibi desideres : super stipulatu tuo ad presidem provinciæ, ut examinatis partium allegationibus, quantum constituerit, interesse tua, juxta placiti fidem dotis portionem Juliano restitutam fuisse, ob incertæ actionis effectum concludat condemnationem taxatæ quantitatis. »

Cette constitution s'exprime en termes assez généraux ; peut-être est-elle interpolée ; le style embarrassé, les multiples incidents, les ablatifs absolus ⁽¹⁾ répétés, les efforts faits pour arriver à une rédaction concise semblent trahir des retouches ; toutefois, il y a lieu de

(1) Henri Appleton, ouvrage cité, p. 49. — Id. Krüger, Source du droit romain, p. 442 et sq.

croire que la solution donnée par elle est bien antéjustinienne ; M. Pacchioni qui propose cette opinion, la corrobore de l'observation suivante : c'est que la loi 38, § 17, D. de V. O. 45, 1, texte important, semble « resserrer les freins » dans la voie où l'on s'était engagé.

Transcrivons ce texte, reproduit aux Institutes, § 19, III, 19. « *Alteri stipulari nemo potest, præterquam si servus domino, filius patri stipuletur : inventæ sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest : ceterum ut alii detur nihil interest mea ; plane si velim hoc facere pœnam stipulare conveniet, ut si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ejus cujus nihil interest ; pœnam enim quum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid interest sed quæ sit quantitas quæque conditio stipulationis.* »

Dans ce texte, les traces d'interpolation sont plus évidentes encore que dans le précédent et semblent bien, cette fois, dénoncer la main des compilateurs de Justinien. La phrase *inventæ sunt...* est significative, tant dans le fond que dans la forme. Dans la forme, elle est maladroitement rédigée, puisque le pluriel : *obligationes* ne se rapporte qu'à la *stipulatio* ; de plus, le mot *hujusmodi* est signalé fréquemment dans les passages interpolés. Autres raisons de suspecter la classicité du passage, les mots : *ad hoc ut...* ; le passage brusque de la troisième personne à la première : « *ceterum ut alii detur, nihil interest mea* » l'expression « *hoc facere* » est maladroite ; elle force le lecteur à se repor-

ter aux deux premiers mots du passage : « alteri stipulari » et à les isoler. Au fond, Pernice ⁽¹⁾ déclare que la justification de la règle est toute justinienne, ce qui résulte de sa gaucherie même.

La loi 38, § 17 semble donc bien appartenir au droit de Justinien et prouver qu'à cette époque on n'admettait pas en principe la validité d'une stipulation pour autrui, si le stipulant n'avait pris soin de stipuler pour lui-même une clause pénale. Toutefois, nous ne croyons pas que cette loi interdise absolument de prendre en considération l'intérêt du stipulant, en l'absence de cette clause. Le texte ne dit pas en effet : « on ne peut stipuler pour autrui, qu'on y ait ou non intérêt » ; il dit : « on ne peut stipuler pour autrui, parce qu'on n'y a pas intérêt ». Donc, si, en fait, il vient à être prouvé que j'ai intérêt à l'exécution de la stipulation, il n'est pas forcé qu'elle soit annulée. Pour nous la portée du texte est seulement celle-ci : désireux d'éviter les difficultés provenant de l'appréciation toujours délicate de l'intérêt du stipulant, les compilateurs ont voulu indiquer aux parties un procédé pour créer au stipulant un intérêt incontestable et déterminé : ce procédé, c'est l'insertion d'une clause pénale en sa faveur.

La loi 38, § 17, est très nette au sujet de l'emploi de la clause pénale. Le § 19 des Institutes, III, 19, l'est davantage encore :

« Ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit ; sed

(1) Labeo, III, p. 189, 1.

si addiderit de pænâ: nisi dederis, tot aureos dare spondes? Tunc committitur stipulatio. »

Mais il importe de faire deux remarques : la première, c'est que la stipulatio pænæ ne crée pas l'intérêt, à proprement parler ; la seconde, c'est que souvent elle ne rend la stipulation principale valable qu'indirectement. Au premier point de vue d'abord, quand je stipule de Titius qu'il donnera son cheval à Mævius, ou, à défaut, qu'il me paiera 1000 sesterces, il est évident que cela ne me crée pas un intérêt à l'exécution de l'obligation principale. Tout au contraire : c'est à l'inexécution de l'obligation qu'est attaché le versement entre mes mains des 1000 sesterces. Mais l'effet de la clause pénale est de préciser l'intérêt que j'avais déjà, imprécis et indéterminé pour le juge, à l'exécution de l'obligation. En stipulant 1000 sesterces pour le cas d'inexécution, je déclare implicitement que j'ai à l'exécution un intérêt égal à 1000 sesterces. Au fond, on peut dire que la stipulatio pænæ a ici pour objet, — qu'on nous passe l'expression, — de « monnayer un intérêt d'affection ».

Demandons-nous maintenant de quelle façon son insertion valide la stipulation principale. « Tunc committitur stipulatio », dit Justinien, parlant de celle-ci. C'est donc la stipulation principale qui est validée dans les rapports du promettant et du stipulant, du moins, car on ne saurait admettre qu'elle le soit dans ceux du promettant et du tiers ? Mais on va voir qu'en réalité la clause pénale seule pourra être exigée.

Sans la clause pénale, l'intérêt du stipulant serait

indéterminé, ce qui équivaldrait à son absence. La clause pénale ne le crée pas, mais le détermine, et par là même, le crée comme « utile ». L'intérêt que j'ai dans le cas de la loi 38, § 21. D., de V. O., 45, 1, à ce que vous construisiez une maison pour Titius, est précisément égal à « la construction de la maison », puisque si vous ne la construisez pas, je devrai la construire. Ici, l'intérêt que j'ai à ce que vous donniez un cheval à Mævius est égal à 1000 sesterces : c'est moi qui le dis. Donc, dans le premier cas, je ne puis qu'exiger la construction de la maison ; dans le second, je ne puis qu'exiger les 1000 sesterces. Car, dans un cas comme dans l'autre, mon action n'est basée que sur mon intérêt.

En réalité, tout se passe comme si nous étions en présence de deux stipulations distinctes : la stipulation en faveur du tiers, qui reste nulle, et la stipulation pænæ, qui est valable et qui indirectement assure l'exécution de la première. Et il ne faut pas objecter la règle « *accessorium sequitur principale* », ainsi qu'on le verra très bien en considérant l'opération de près. Ai-je stipulé en une seule phrase ? Le contrat se présente alors sous la forme : « Si equum Titio non dederis, mille mihi dare spondes ? » L'objet de la stipulation principale, c'est alors les 1000 sesterces qui me sont promis sub conditione, la condition étant le non accomplissement de la prestation convenue en faveur de Titius, condition qui est possible et licite.

Ai-je au contraire stipulé en deux phrases distinctes, ainsi conçues : « Equum Titio dare spondes ? Si

non dederis mille mihi dare spondes ? » Dans ce cas il n'y a plus de stipulation principale, ni de stipulation accessoire. Toutes deux sont principales et indépendantes.

Donc au fond il semble bien que la stipulation *pœnæ* ne soit qu'une estimation faite par les parties de l'intérêt du stipulant ; mais comme le stipulant ne pourra réclamer qu'elle, elle produit les effets d'une stipulation conditionnelle indépendante. Remarquons d'ailleurs que la somme promise par cette stipulation pouvant être aussi élevée que les parties le veulent, il y a bien là un moyen facile offert au stipulant d'arriver à tourner la prohibition et à forcer le promettant de s'acquitter entre les ma'ns du tiers. Mais cette nécessité n'agit sur le promettant que « psychologiquement » et non « juridiquement ».

Essayons de résumer ce que nous venons de dire du cas où le stipulant a un intérêt à l'exécution de l'obligation contractée en faveur d'un tiers. L'évolution du droit romain à ce sujet semble assez nette et peut se ramener à trois phases principales.

1° A l'époque classique, avec Marcellus, Papinien, Ulpien, nous voyons la stipulation pour autrui constituer pour le stipulant la base d'une action dans un certain nombre de cas déterminés, caractérisés par le phénomène de la compénétration des intérêts, c'est-à-dire par ce fait que le stipulant stipule du promettant en faveur du tiers, ce qu'il était lui-même tenu d'effectuer en faveur de ce tiers, soit comme son tuteur (l. 38,

§ 20, D. 45, 1) soit en vertu d'un contrat préexistant (l. 38, § 21).

2° Postérieurement, les exceptions s'élargissent, et la constitution de Dioclétien et Maximien, que nous avons citée, semble établir que du moins à l'époque théodosienne, on tendait à admettre la validité de la stipulation, pourvu que le stipulant ait à son exécution un intérêt quelconque (arg. des mots : nisi sua intersit). Intérêt pécuniaire ; — car pour l'intérêt moral, nous n'examinons pas la question en ce chapitre (1). — Dès cette époque existe aussi l'expédient de la stipulatio pœnæ.

3° Enfin, à l'époque justinienne, il semblerait que les abus ou les difficultés résultant de cet élargissement même de la jurisprudence, aient amené une timide réaction. Les compilateurs, sans condamner la théorie de la validation par l'intérêt du stipulant dans les cas indiqués plus haut, recommandent (si velim hoc facere pœnam stipulare conveniet) l'emploi de la clause pénale, pour éviter les doutes et les controverses (2).

Mais, répétons-le, tout ceci ne touche pas à l'intégrité de la règle *alteri nemo*. Que nous dit en effet celle-ci ? Que nous ne pouvons contracter en faveur d'un tiers, en d'autres termes, que ni le tiers ni moi stipulant ne pourrions nous réclamer du contrat à l'effet d'obtenir une prestation quelconque à son avan-

(1) L'admission de l'intérêt moral portant une exception *véritable* au principe « *alteri nemo* ».

(2) Différents textes marquent ce lien établi par les compilateurs entre la théorie de la clause pénale et celle du contrat en faveur de tiers : l. 118 § 2 D. 45, 1 ; l. 38 § 18 et sq. ; § 21 Inst. III, 19 ; l. 95 et 97 § 1 D. 45, 1.

tage. Mais si je prouve l'existence de mon intérêt personnel, si j'établis que la stipulation, en réalité, a été faite en ma faveur, rien ne s'oppose à ce qu'elle me serve de base à une action ; — rien, sinon le formalisme des premiers âges, qui a pu faire hésiter longtemps les jurisconsultes, et dont, le premier peut-être en cette matière, Marcellus a brisé la superstition.

M. Lambert, dans son très important ouvrage sur la stipulation pour autrui, étudie un certain nombre de procédés qui furent employés par la pratique romaine pour éluder les inconvénients de la règle *alteri nemo*, mais sans entamer cette règle comme principe. Quatre sortes d'opérations juridiques ont surtout été utilisées dans ce but : l'*adjectio solutionis causa*, le *mandatum aliena gratia*, l'interposition, le *fidei commis*. Les développements donnés à ce sujet par M. Lambert nous permettront d'être brefs.

Pour M. Naples ⁽¹⁾, l'*adjectio solutionis gratia* doit rentrer dans la matière du mandat, la disjonctive aut n'impliquant pas l'idée de rendre Titius créancier (*mihi aut Titio dare spondes ?*), mais seulement mandataire à l'effet de recevoir le paiement. Il paraît établi que telle fut bien la conception originaire de l'*adjectio*, et que cette conception seule l'empêcha d'être condamnée comme la stipulation de la forme : *mihi et Titio*. « Manifestum est, dit Papinien, non obligationis, sed solutionis gratia filii personam adjectam » ⁽²⁾. Le tiers n'intervenait d'abord, et dans le système original

(1) Ouvrage cité. p. 24.

(2) L. 95 § 5 D. de solutionibus, 46, 3. — Id. l. 59, pr. D. de j. dotium, 23, 3.

de l'adjectio, que dans le seul intérêt du promettant. Il n'avait aucun droit propre. Mais la pratique s'empara de l'adjectio solutionis causa, et l'utilisa pour tourner la règle prohibitrice. Et M. Lambert nous montre en effet que la loi 131, § 1, D. de V. O., 45, 1 suppose un cas où la convention réalise une donation au profit d'un tiers. Et l'on doit étendre aux autres contrats ce que le texte dit de la donation (1). Mais il faut toujours supposer que le stipulant a stipulé principalement pour lui-même.

Toutefois, dès l'époque de Gaius, il n'était plus absolument nécessaire que l'on ait stipulé la même chose pour le stipulant et pour le tiers, du moins en droit prétorien. A l'époque de Julien, il en était de même jure civili. La raison de cet élargissement ne peut être que dans l'élargissement même des fins auxquelles pouvait servir l'adjectio.

En effet, le stipulant pouvait désormais atteindre plus sûrement le but qu'il s'était proposé, de faire obtenir un avantage au tiers. On comprend, en effet, que l'objet utile au tiers pouvait être inutile au stipulant et réciproquement ; en stipulant deux objets différents, le contractant était sûr que de deux choses l'une : ou bien le tiers obtiendrait l'avantage qu'il voulait lui procurer ; ou bien lui-même recevrait à tout le moins une compensation *utile*. De plus, en stipulant pour lui un objet de plus grande valeur que celui stipulé en faveur du tiers, le stipulant pouvait

(1) Lambert, ouv. cité, p. 22 et sq.

assurer indirectement l'exécution en faveur de celui-ci, comme par la clause pénale. Les jurisconsultes romains ont d'ailleurs vu et signalé cette analogie ⁽¹⁾ Mais juridiquement, il ne naît de lien qu'entre le stipulant et le promettant ; le tiers n'acquiert pas d'action née du contrat. Il ne peut que libérer le débiteur en recevant le paiement, ostensiblement pour le stipulant, en réalité (souvent) pour lui-même.

Et cet état de choses n'est pas sans engendrer des inconvénients pratiques. Ainsi, dans le cas impliqué par la loi 131, § 1, D, 45, 1 : « Qui fundum sibi aut Titio dari stipuletur, quamvis fundus Titio traditus sit, nihilominus petere fundum potest, ut sibi de evictione promittatur : nam interest ejus, qui mandati actione fundum recepturus sit a Titio ; sed si donationis causa Titium interposuit, dicetur, traditione protinus reum liberari. » On voit qu'au cas où l'adjectio a pour but de faire acquérir le fonds au tiers, si ce tiers vient à être évincé, l'action en garantie est refusée tant à lui-même qu'au stipulant, celui-ci n'ayant pas d'intérêt pécuniaire. Toutefois, s'il en était ainsi quand l'adjectio tendait à réaliser une donation, il y avait au contraire intérêt du stipulant quand l'adjectio faisait naître une libération ou un mutuum, et Julien ⁽²⁾ permettait déjà au stipulant, sinon au tiers, d'agir en garantie alors même que c'est le tiers qui avait subi l'éviction : c'est un des cas où un intérêt moral est reconnu comme suffisant. Sans doute cette évolution

(1) L. 98 § 5 de solut., 46, 3.

(2) L. 33, D., de solut., 46, 3.

se fit sous l'influence d'une idée d'équité, la solution de Scævola ayant pour effet de permettre au promettant de s'enrichir au détriment du stipulant, *sine causa*.

Le caractère apparent de l'opération l'emporte encore dans un autre cas sur le caractère réel : c'est dans le cas où l'adjectus est un pupille qui reçoit le paiement sans l'auctoritas tutoris ; le paiement sera valable (l. 11, D. de solut., 46, 3), parce que le pupille est considéré comme mon mandataire, et non comme titulaire d'un droit propre.

L'adjectus solutionis causa ne saurait davantage prétendre aux facultés qui supposent un droit de disposition ; il ne pourra donc nover l'obligation ⁽¹⁾ ni consentir une acceptilation ⁽²⁾, ni conclure un pacte de constitut avec le débiteur ⁽³⁾. Mais il est un cas où, par un renversement à la fois bizarre et logique des situations, l'adjectus se trouve avoir à l'encontre du débiteur une position plus forte que s'il était véritablement créancier. C'est en matière de *condictio indebiti*. Le débiteur de qui j'avais stipulé *mihi aut Titio*, si l'obligation est nulle, pourra exercer contre moi la *condictio* au cas où il aura payé entre mes mains. Mais s'il a payé dans les mains du tiers, celui-ci n'étant censé que mon mandataire, il sera désarmé vis-à-vis de lui, et ne pourra agir que contre moi ⁽⁴⁾.

Remarquons encore l'influence exercée au profit du

(1) L. 10, D. de novationibus, 46, 2.

(2) L. 10, D., de solutionibus, 46, 3.

(3) L. 7, § 1 D., de pecunia constituta, 13, 5.

(4) L. 59, D., de solutionibus, 46, 3.

tiers par ce fait que la clause d'adjectio avait été au moins en apparence insérée au profit du *promettant*, pour lui offrir une *facultas solutionis*. De ce fait résultait ceci, que le stipulant ne pouvait par sa seule volonté retirer à l'adjectus le mandat qu'il lui avait confié, ou pour parler plus exactement, qui résultait des termes du contrat. Le stipulant n'a pas la faculté de révocation. « Cui jure stipulationis recte solvitur, ei etiam prohibente me, recte solvi potest », dit Gaïus ⁽¹⁾. Et Ulpien, envisageant le cas où le stipulant veut en effet empêcher le promettant de payer entre les mains de l'adjectus, déclare qu'il ne le peut : « Quia certam conditionem habuit stipulatio, quam immutare non potuit stipulator » ⁽²⁾. Le contrat seul suffit à assurer au promettant le droit de s'acquitter entre les mains de l'adjectus, et à l'adjectus le droit de recevoir ce paiement. Peu importe qu'il fasse ou non connaître qu'il accepte : il est étranger au contrat ⁽³⁾. Assurément il peut toujours se refuser à recevoir paiement ; mais il peut le recevoir sans avoir aucunement manifesté son intention d'accepter le mandat. La conclusion de ceci, c'est que lorsqu'en réalité le tiers doit conserver l'émolument du contrat intervenu entre les parties, il se trouve bien que ce contrat a fait naître un droit au profit d'un tiers. Mais cela, c'est la réalité : en appa-

(1) L. 106 D., de solutionibus, 46, 3.

(2) L. 12, § 3 D., de solutionibus, 46, 3.

(3) Aussi le mandat peut-il être révoqué de l'accord du promettant et du stipulant.

rence, le tiers n'est que mandataire ⁽¹⁾ : la règle *alteri nemo est tournée* peut-être, elle n'est ni violée, ni entamée.

En somme l'*adjectus solutionis causa* se trouve protégé contre le stipulant ; il ne l'est pas contre le promettant qui peut toujours payer entre les mains de son cocontractant. Dans le cas de *mandatum aliena gratia*, nous nous trouvons en présence d'une situation inverse : le bénéficiaire alors n'est pas protégé contre le mandant, il l'est contre le mandataire. Examinons ce nouveau moyen de tourner la règle *alteri nemo*.

M. Lambert fait très bien ressortir en quelques mots la différence essentielle des deux institutions. « Dans l'*adjectio*, dit-il, s'il intervenait un contrat de mandat c'était entre le stipulant et le tiers bénéficiaire ; le mandat dont nous nous occupons ici se conclura entre le promettant et le stipulant ; il constituera non plus une clause accessoire du contrat principal, mais la convention même qui intervient entre les deux contractants. Tout à l'heure c'était le tiers bénéficiaire du contrat qui se présentait comme mandataire ; ici, c'est le promettant » ⁽²⁾.

Nous savons qu'en droit romain le contrat de mandat peut être fait dans l'intérêt d'un tiers seul, dans l'intérêt d'un tiers et du mandant, dans l'intérêt enfin

(1) Le mandat de l'*adjectus* disparaît par sa mort, ou par celle du stipulant, ou par le *litiscontestatio* intervenue entre le mandant et le promettant.

(2) Ouvrage cité, p. 40.

d'un tiers et du mandataire ⁽¹⁾. Il en est ainsi du moins dès l'époque de Gaius ⁽²⁾, et dès lors, la pratique est en possession d'un nouveau moyen de pallier les inconvénients de la règle *alteri nemo*.

« Dans l'histoire, dit Ihering ⁽³⁾, le général ne naît pas avec sa forme générale, mais sous une forme restreinte. « Et ailleurs ⁽⁴⁾ : « Une idée abstraite, au moment où elle se produit pour la première fois, ne se montre qu'en un point isolé que l'on pourrait nommer son point d'irruption historique... » Le point d'irruption historique semble avoir été celui-ci : le mandat donné à un débiteur par son créancier de payer le créancier de celui-ci. Le mandat est alors donné dans l'intérêt du mandant et du tiers. Si vous me devez 100 et que je doive 100 à Titius, si de plus je vous donne mandat de payer 100 à Titius, l'intérêt que j'ai à ce que vous vous acquittiez du mandat est précisément pour moi égal à 100, puisque je devrai, à votre défaut, les payer. Que si d'ailleurs, en pratique, ce mandat était le plus souvent donné par le débiteur du tiers à un de ses propres débiteurs, rien n'empêchait qu'il fût donné à un mandataire quelconque, non [obligé préalablement envers le mandant. Ce premier degré de l'évolution fut franchi vraisemblablement de très bonne heure.

Il n'en est pas de même du second degré, qui consista dans la reconnaissance de la validité du manda-

(1) Institutes, I, 3, t. 26, pr.

(2) Comm. III, § 155.

(3) Ouv. cité, tome III, p. 33.

(4) Ouv. cité, page 30.

tum pecuniæ credendæ. On connaît le caractère de cette institution, au moyen de laquelle on se portait caution d'un tiers en donnant mandat à quelqu'un de devenir le créancier de ce tiers. On paraît ainsi à certains inconvénients de l'ancienne fidéjussion. L'opération a bien lieu dans l'intérêt d'un tiers, mais le mandat est plutôt la garantie nécessaire d'un contrat que le contrat principal. La validité d'une telle opération ne fut reconnue entièrement que postérieurement au temps où Gaius écrivait ses Commentaires ⁽¹⁾. L'hypothèse peut même se compliquer : on admettait en effet la possibilité de donner à quelqu'un mandat de cautionner un tiers ⁽²⁾. On voit que la conception du *mandatum aliena gratia* s'élargit progressivement. On admit aussi que le mandat put avoir pour but la gestion des affaires d'un tiers ⁽³⁾, ce qui se comprend si l'on songe que souvent le mandant avait intérêt à l'exécution du mandat, si par exemple, il avait, le premier, entrepris la gestion dont il s'agissait. Le mandat ainsi utilisé peut dans certains cas tenir lieu de stipulation pour autrui : si je « donne mandat » à Séius de donner 100 à Titius à qui je ne dois rien, c'est bien une pure libéralité que j'effectue au profit de Titius, comme si je « stipulais » de Séius qu'il lui donne ces mêmes 100 ⁽⁴⁾. « Quelle différence y a-t-il entre l'opération décrite par Ulpien et celle qu'on désigne aujourd'hui sous le nom

(1) Voyez III, § 156..

(2) L. 21 D., *mandati* 17, 1. — Id. I, 53 et 62 § 1 eod. titulo.

(3) L. 3 § 11 D., *negotiis gestis*, III, 5. — Id. I, 28, eod. titulo.

(4) L. 19 § 3 D. de *donationibus*, 39, 5.

de stipulation pour autrui? » dit M. Lambert ⁽¹⁾. Il semble pourtant qu'il y en ait au moins une : c'est que le mandat reste révocable, et de plus le tiers n'acquiert aucune action. M. Lambert le constate lui-même plus loin.

D'ailleurs, si le mandant peut toujours révoquer le mandat, le bénéficiaire de son côté peut à son gré accepter ou refuser l'émolument qui lui est offert, sans avoir à faire connaître d'avance le parti qu'il prend. Il demeure rigoureusement étranger au contrat. Point même n'est besoin qu'il ait eu connaissance du *mandatum aliena gratia* intervenu en sa faveur ⁽²⁾.

D'autre part, ainsi que nous l'avons dit plus haut, le bénéficiaire, s'il n'est pas armé contre le mandant, l'est contre le mandataire. Le débiteur n'a plus ici le choix entre deux personnes pour se libérer : tant que le mandat subsiste, il est tenu d'effectuer la prestation au profit du tiers, et de lui seul. Et s'il s'y refuse, le mandant aura contre lui l'action *mandati*. Quant au tiers, il n'a pas d'action. Il n'a qu'un droit, celui de recevoir valablement paiement et, par suite, une fois ce paiement effectué, de repousser, au cas où elle serait intentée, la *condictio indebiti* ⁽³⁾. Mais l'action *mandati* entre les mains du mandant suffit à assurer à l'opération les caractères d'une stipulation pour autrui, devenue ainsi utile grâce à l'emploi d'un procédé détourné.

(1) Ouvrage cité, p. 46.

(2) L. 56, D., *mandati*, 17, 1.

(3) L. 34, § 7 D., de *solutionibus*, 46, 3.

Avec l'interposition, nous arrivons à une atteinte beaucoup plus sérieuse portée à la règle *alteri nemo*, — en fait, — car le tiers acquiert lui-même une action, et il semble tout d'abord que nous nous trouvions ici en présence d'une réalisation de la notion complète du contrat en faveur de tiers. Toutefois, dans la forme au moins, la règle reste absolument intacte, par cette bonne raison que le tiers ne se présente plus comme tiers, mais comme cocontractant et c'est précisément parce qu'il se présente comme tel, qu'il est titulaire d'une action, encore bien qu'en réalité il n'ait peut-être pas même eu connaissance du contrat au moment où celui-ci a été conclu. Il n'y a donc pas là contrat en faveur de tiers ; il n'y a pas non plus représentation, même sous la forme de la gestion d'affaires, car le stipulant stipule en son nom, et non *alieno nomine*.

L'interposition ne fut reconnue comme valable qu'à une époque assez avancée, et les textes qui concernent son emploi comme moyen d'éluder la règle *alteri nemo* doivent surtout être cherchés dans le Code. L'un des plus nets est la Const. 9, c. si quis *alteri vel sibi* l. 4 t. 50, ainsi conçue :

« *Nihil prohibet, altero pecuniam numerante in alium, vel utriusque contrahentis consensu, vel certe venditore tantummodo volente, dominium transferri, eo etiam manifeste constituto, ut inter absentes per mediam personam, veluti, per nuntium, vel per epistolam, talis contractus perfici possit.* »

On voit la situation : trois personnes interviennent

dans le contrat de vente dont l'une, le bénéficiaire d'une façon fictive : le stipulant joue le rôle d'acheteur et le vendeur s'engage à transférer la propriété de la chose à une tierce personne, au fond il y a bien contrat en faveur de tiers ; mais les apparences sont sauvées, la règle est tournée, donc, respectée.

On pourrait même être tenté de contester notre interprétation, en se basant sur la seconde partie de la constitution, la partie justificative. D'après elle, il semblerait que le texte vise le cas où la vente est conclue *per nuntium*. Mais en réalité, il s'agit bien d'un bénéficiaire véritable et non d'un simple messenger, car 1^o l'acheteur est présent, puisqu'il compte lui-même la somme (*pecuniam numerat*), et 2^o le tiers « acquiert la propriété » (*in alium dominium transferitur*.) Nous sommes très porté à croire avec M. Lambert (1) que les empereurs Dioclétien et Maximien, auteurs de la constitution dont il s'agit, ont craint de sanctionner leur solution par une explication dangereuse pour le maintien de la règle *alteri nemo*, règle à laquelle on redoutait de porter atteinte, tant on craignait qu'une fois entamée, elle ne tombât en ruines ; aux yeux des Romains, il y avait là, si j'ose le dire, un « bloc » auquel on évitait de toucher.

La constitution 9 code l. 4. t. 50 concerne la vente, le plus usité des contrats. Il est permis de penser à priori que la même solution pouvait s'appliquer aux autres. Ce que vient confirmer un autre texte, la

(1). Ouv. cité, p. 65.

Const. 1, Code, de revocandis donationibus, 8, 56, conçu dans les termes suivants :

« Etsi perfectis donationibus in possessionem inductus libertus quantolibet tempore ea, quæ sibi donata sunt, pleno jure ut dominus possederit, tamen si ingratus sit, omnis donatio mutata patronorum voluntate revocanda est. Quod observabitur et circa ea quæ libertorum nomine pecunia tamen patronum et beneficio comparata sunt. » Libertorum nomine, — pecunia patronum : des avantages ont été acquis aux affranchis aux frais du patron ; le patron s'est rendu débiteur pour faire l'affranchi créancier ⁽¹⁾. Il y a eu interposition, et la nature du contrat n'est pas spécifiée.

Ce que la constitution précédente dit du patron vis-à-vis de l'affranchi, d'autres le disent du mari vis-à-vis de la femme, ou des parents vis-à-vis de l'enfant. Citons en quelques-unes :

D'abord la constitution 16, Code, de donat. int. vir. et ux ; l. 5 t. 16, conçue comme il suit :

« Si filii tui emancipati matris hereditatem sibi acquisierunt : proba apud præsidem non donandi animo te nomine uxoris tuæ prædia comparasse, sed nominis dumtaxat ejus titulo usum per possessionem rerum a venditoribus tibi traditarum dominum esse effectum, ut comprehensa filiorum tuorum injuria, proprietatis jus incolume perseveret. Nam si largiendi proposito, id te fecisse constiterit : pecuniæ tibi persecutio competit. »

(1). Voyez le développement d'un cas de ce genre, l. 42 § 8. D. mandati, 17. 1.

En ce qui concerne l'interposition dans les rapports des parents et de l'enfant, la loi 3, Code, *si quis alteri*, 4, 50 est très expresse :

« Mancipia, quorum meministi, si (ut proponis) nomine tuo : itenique fratris tui, cui successisti empta vobis tradita sunt : licet instrumento emptionis matrem tuam pecunias nmerasse contineatur, persequi ea more judiciorum non prohiberis. »

L'effet de l'interposition était plus considérable que celui des deux autres opérations dont nous avons eu à parler d'abord. « Nihil prohibet..., nous dit la Const. 9, C. *si quis alteri*, 4, 50... *dominium transferri*. » Donc le seul contrat donne au bénéficiaire le droit d'exiger le transfert du *dominium* ; c'est un titre en vertu duquel il est pourvu d'une action. Et la concession au tiers de cette action n'était subordonnée à aucune autre condition : il ne peut même être question d'une acceptation distincte de sa part, puisqu'il fait figure de contractant. On s'est demandé, il est vrai, si en revanche, la tradition n'était pas nécessaire ; car, outre que différents textes supposent cette tradition effectuée (1), mais seulement comme une circonstance extrinsèque, ou due à des raisons particulières, il en est un qui paraît l'exiger d'une façon générale. C'est la loi 1, Code grégorien, *si sub alteris nomine*, 3, 3 : « *Instrumenti scriptura non oberit, quod nomen contineat alterius emptoris, ad cujus fidem ipse confugeras, cum dominium possessionis, quod*

(1) L. 1, 2, 34 C. *si quis alteri*, 4, 50. — Fr. Vaticana, § 276.

habuisse te semper et adhuc habere proponis securus obtineas. »

De cette loi résulte que le stipulant, lorsqu'il a reçu tradition, est à l'abri des revendications de la personne interposée. Ce serait donc seulement, peut-on dire, lorsque cette tradition a été faite au bénéficiaire qu'il devient propriétaire (1). En réalité, il n'en est rien. Le rôle de la tradition n'est pas, lorsqu'elle est effectuée en faveur du tiers, de compléter son droit, inefficace jusque là, mais bien de révéler que les parties ont eu l'intention de lui conférer ce droit ; lorsqu'elle est effectuée en faveur du stipulant, elle montre que les parties n'ont pas voulu conférer de droit propre au tiers, qui n'est alors qu'un bénéficiaire apparent. Il n'y a plus dans ce cas, pas plus au fond qu'en apparence, contrat en faveur de tiers ; il n'y a qu'emploi d'un procédé destiné à cacher au public la personnalité véritable d'un des contractants. En d'autres termes, nous sommes toujours en présence d'une interposition, mais d'une interposition au sens français du mot, telle que notre code nous la fait connaître (art. 911 et 1099 c. c.) Le tiers n'est ni un tiers véritable, comme dans la stipulation pour autrui, ni un bénéficiaire réel, contractant apparent, comme dans l'interposition purement romaine ; il est un prête-nom, rien de plus. Or ce caractère du contrat, qu'est-ce qui peut le révéler ? A quoi nous attache-

(1) Interpretatio legis : Quod si vero cujus nomine res comparatæ sunt, ipsi traditæ sunt vel ab ipso possessæ, is qui pecuniam suam pro hacre datam fuisse probaverit, rem quidem comparatam non potest vindicare.

rons-nous pour décider si l'interposition masque un contrat en faveur de tiers ou un contrat en faveur du stipulant ? La loi que nous avons citée nous répond : si le stipulant a reçu tradition, on devra penser que l'interposition n'était qu'une interposition au sens moderne ⁽¹⁾ du mot. Mais si tradition n'a été faite à personne, nous croyons que le tiers aura action pour exiger qu'on la lui fasse ; et, à nos yeux, cette même loi, en prouvant que les Romains distinguaient nettement les deux sortes d'interpositions, montre qu'ils avaient bien conscience que l'une d'elles avait pour résultat de tourner la règle *alteri nemo* ⁽²⁾. Remarquons d'ailleurs que lorsque l'interposition était employée dans un *mutuum*, le tiers bénéficiaire acquérait sans conteste la *condictio*, ainsi que nous l'indique la l. 34 p. D. de *donationibus*, 39,5 ainsi conçue : « Si pater emancipati filu nomine donationis animo pecuniam fæneravit eamque filius stipulatus est : et ipso jure perfectam donationem ambigi non potest. »

L'interposé acquiert donc action contre le promettant, action qui est l'action même du contrat, telle que l'aurait eue un stipulant ordinaire dans un contrat sans interposition ; et, la tradition effectuée, il doit être considéré comme l'ayant cause du seul promettant.

Il est si vrai que le fait de l'interposition fait

(1) Nous disons « sens moderne », bien que ce sens ait aussi été « ancien », par opposition au sens qui n'est « qu'ancien » du mot.

(2) V. aussi Const. 5, code, si quis alteri, 4, 50.

acquérir un droit propre au tiers, que ce droit est transmissible à ses héritiers. C'est ce qu'indique la const. 3, C, si quis alteri, 4, 50 : « Mancipia quorum meministi, (ut proponis) nomine tuo *itemque fratris tui cui successisti*, empta vobis tradita vunt : licet instrumento emptoris matrem tuam pecunias numerasse contineatur, persequi ea more judiciorum non prohiberis. »

Si en effet je puis revendiquer pour le tout, c'est pour une moitié comme héritier de mon frère : or le texte, parmi les éléments de la question ne fait figurer aucune acceptation postérieure au contrat qui aurait eu pour but et pour effet de consolider le droit acquis à mon frère par ce contrat même. Le contrat étant suffisant pour faire naître ce droit et le créer avec toute sa force, il ne peut donc plus être question de révocation ; et l'on voit, ainsi que nous le disions plus haut, que l'interposition, réalisant un progrès sur l'adjectio et sur le *mandatum aliena gratia* met le tiers à l'abri des caprices des deux véritables contractants (1). C'est là son grand avantage : son inconvénient essentiel est de reposer sur une fiction, sur un mensonge, légal, admis, je le veux bien, mais enfin sur un mensonge ce qui n'était pas sans amener des difficultés au cas où le tiers refusait d'exercer son droit, le véritable contractant étant alors forcé de faire péniblement reconnaître son véritable rôle dans le contrat.

(1) La loi 1 C. de revocandis donat, 8, 56, en nous disant que les donations réalisées par interpositions sont révocables pour *cause d'ingratitude*, prouve qu'elles ne le sont pas, en règle générale.

Venons en au dernier des quatre procédés dont nous avons parlé, le fidéicommis.

Un des moyens qui devaient le plus naturellement se présenter à l'esprit pour arriver à assurer un avantage à un tiers était la donation avec charge. Mais la règle *alteri nemo* s'opposait à la réalisation d'une telle opération. En revanche, elle n'empêchait pas le testateur d'imposer une charge au légataire : nous ne sommes plus ici sur le terrain de la stipulation. Comme d'autre part, au fond, il était impossible de méconnaître une grande analogie entre ces deux opérations, on s'efforça de rendre applicable d'une façon détournée à la donation ce qui était licite pour le legs ; à l'acte entre vif, ce qu'on admettait pour l'acte de dernière volonté. Pour cela on utilisa le fidéicommis.

Primitivement que devait-on entendre par cette expression de fidéicommis ?

Le fidéicommis était une forme de disposition *mortis causa*, une libéralité mise sous une forme « précatrice » à la charge d'une personne déjà gratifiée également *mortis causa*. Le fidéicommis n'était d'ailleurs pas reconnu en droit comme obligeant le fiduciaire, du moins jusqu'à l'époque d'Auguste ; jusqu'à cette époque, l'exécution du fidéicommis n'était pour le fiduciaire qu'une affaire de conscience ; aussi était-on fort peu exigeant sur les conditions de forme. Gaius nous dit (*Comm. II*, 270) que le fidéicommis peut-être contenu non seulement dans un testament ou un codi-

cille confirmé, mais dans un codicille non confirmé et dans un codicille ab intestat.

Toutefois la notion même du fidéicommis impliquait qu'il devait être inscrit dans un testament ou codicille, et seulement à la charge d'un héritier, d'un légataire, ou d'un fideicommissaire. C'est cette notion que les jurisconsultes s'attachèrent à élargir, étendant le fidéicommis, des actes de dernière volonté, à un acte entre vifs, la donation, puis aux autres contrats.

Un texte de Papinien nous montre que de son temps, on admettait que le fidéicommis pût être apposé à une donation mortis causa, à la charge du donataire : c'est la l. 77, § 1, D. de legatis, l. 31, 2°.

« Eorum quibus mortis causa donatum est fidei committi quoquo tempore potest : quod fidei commissum heredes salva Falcidiæ ratione quam in his quoque donationibus exemplo legatorum locum habere placuit, præstabunt. »

Un autre texte vient mettre en lumière le caractère mixte de la donation à cause de mort et la façon dont le fidéicommis vient s'ajouter à elle. C'est la loi 3, § 3, D. de legatis, l. 32, 2°.

« Sed (et) si habenti tibi proprietatem, usumfructum mortis causa cessero : potest dici fidei committere me posse : nec quemquam moveat quod usufructus solet morte extinguï : nam medii potius temporis quo vivat qui donavit, commodum cogitemus. »

La donation à cause de mort, dans l'espèce indiquée (donation de l'usufruit par l'usufruitier au propriétaire) n'a pas d'intérêt pour le donataire après la mort

du donateur (puisque ce décès aurait suffi à éteindre l'usufruit); si elle profite donc au donataire, c'est plutôt à la façon d'une donation ordinaire qu' d'un legs. Or, la loi reconnaît la validité du fidéicommis pour le cas considéré : dès lors la brèche est faite.

Elle s'agrandit par l'application du fidéicommis à la donation entre époux, d'autant plus que la donation entre vifs faite par le mari à la femme ne valait que comme donation mortis causa. C'est ce que prouve la loi 3, pr. D., de legatis, l. 32, 3°.

« Si mulier dotem stipulata fuerit et accepto tulit marito in hoc dotem, ut fidei commissum det; dicendum est fidei commissum deberi: percepisse enim aliquid a muliere videtur: hæc ita, si mortis causa donatura mulier marito fecit acceptum. Sed et si mortis causa auxerit marito dotem vel in matrimonium ejus mortis causa redierit, potest dici fidei commissum ab eo deberi. »

Une dernière étape fut franchie lorsque l'on admit le fidéicommis comme opposé à une donation entre vifs. A ce sujet, nous avons un texte caractéristique, la loi 49 D., de donationibus inter virum et uxorem, 24,1, qui contient l'hypothèse suivante :

« Sulpicius Marcello : Mulier quæ ad communem filium volebat, qui in potestate patris erat, post mortem patris fundum pervenire, eum patri tradidit, uti post mortem restituatur filio : quæro an donatio tibi videatur ut nihil agatur? An valeat quidem, sed mulieri potestas datur, si voluerit eum repetere? »

On voit la situation : une femme donne un fonds à

son mari à condition qu'après la mort de ce dernier, le fonds sera transmis au fils. Et le jurisconsulte répond que la donation sera parfaite, si elle a eu pour but principal, pour but véritable, d'assurer un droit au fils, c'est-à-dire, au fond, de constituer un contrat en faveur de tiers. Elle sera nulle au contraire si en réalité la femme a eu en vue l'intérêt du mari, car alors le caractère essentiel de l'acte est d'être une donation entre époux, par conséquent un acte inefficace en tant qu'acte de libéralité entre vifs. Ce sera donc la considération du tiers qui deviendra le motif de valider l'acte. Ceci ressort des termes de la loi :

« Alioquin si solo ejus ministerio usa est, et id egit, ut vel revocare sibi liceret, vel ut res cum omni emolumento, per patrem postea ad filium transiret, cur non idem perinde sit ratum, ac si cum extraneo tale negotium contraxisset, hoc est, extraneo in hanc causam tradidisset. »

Et de ces mêmes mots résulte aussi la généralité de la solution donnée, je veux dire de la validité du fidéicommis apposé à une donation entre vifs.

L'évolution, d'ailleurs, commencée tardivement, s'effectua avec rapidité. C'est à Papinien que nous avons emprunté le texte qui nous a servi de point de départ ; Ulpien nous en fournit d'autres, qui prouvent l'extension du fidéicommis à des actes autres que la donation, et notamment au contrat de dépôt. Tandis que Papinien donnait une solution négative concer-

nant ce dernier contrat, Ulpien nous dit (loi 77, D. de legatis, l. 30, 1°): (1)

« Si pecunia fuit deposita apud aliquem, ejusque fideicommissum ut eam pecuniam præstet: fideicommissum ex rescripto D. Pii debetur: quasi videatur heres rogatus remittere id debitori; nam si conveniatur debitor ab herede, doli exceptione uti potest: quæ res utile fideicommissum facit. Quod cum ita se habet, ab omni debitore fideicommissum reliqui potest. »

De ce passage, nous pouvons tirer trois conséquences :

1° Le fidéicommiss peut être apposé à un contrat de dépôt ;

2° Le dépositaire poursuivi par l'héritier du déposant a l'exception de dol ;

3° Des contrats même autres que le dépôt (ab omni debitore...) peuvent être accompagnés d'un fidéicommiss valable.

Et cependant, cette fois encore, la règle *alteri nemo est tournée*, non pas attaquée de front, ni ébranlée. Assurément, le fidéicommissaire a un droit ; il a même une action : il peut contraindre judiciairement le fiduciaire à l'exécution de l'obligation à lui imposée, et cela même si la charge résultant du contrat dépasse pour celui-ci l'émolument qu'il en retire. Les textes sont formels. Au sujet de l'attribution de l'action au fidéicommissaire, nous avons la loi 37, § 3, D. l. 32, 3°.

« Pater decedens epistolam fideicommissariam ad

(1) De même Fr. Vaticana, § 252 (a); de même encore, l. 26, p. D. depositi, 16, 3.

filium suum scripsit.... Quæsitum est cum filius patris nec bonorum possessionem acceperit, nec ei heres exstiterit : an ex epistola fideicommissa et libertatem præstare debeat? Respondit, et si neque hereditatem adisset, neque bonorum possessionem petisset, et nihil ex hereditate possideret, tamen nihil minus... quasi debitorem conveniri posse. »

Au sujet de l'exécution de la charge, même dépassant l'émolument du fiduciaire, nous avons la loi 24, § 12, D. de fideic. lib., 40,5 :

« Si quis alienum vel suum servum rogatus sit manumittere, et minus sit in eo quod accepit iudicio testationis, plus sit in pretio servi : an cogatur vel alienum redimere, vel suum manumittere? Et Marcellus scripsit, cum ceperit legatum cogendum omni modo suum manumittere...; quod alienum, non alias erit cogendus, quam si tanti possit redimere, quantum ex iudicio testatoris consecutus sit. »

Mais il ne faut pas oublier que primitivement le fidéicommiss ne s'appliquait qu'aux actes à cause de mort, et que lorsqu'on l'étendit aux actes entre vifs, ce fut en considérant le bénéficiaire comme un légataire qu'on put lui accorder une action, — d'où suit, comme conséquence pratique, que son droit sera sujet à révocation jusqu'à la mort du disposant. Ici, comme dans l'interposition, il y a une sorte de fiction juridique ; le tiers n'est bénéficiaire que sous un déguisement, et, en tant qu'il est déguisé. — C'est sa robe que l'on salue.

Il ne nous semble pas enfin que la pratique de la

cession d'actions forcée ⁽¹⁾ ait elle-même fait échec à la règle *alteri nemo*. De ce que le stipulant cède au tiers l'action née en sa personne, il ne s'ensuit pas que le contrat puisse être considéré comme contrat en faveur de tiers, même si cette cession revêt un caractère de nécessité par suite d'un contrat antérieur intervenu entre le stipulant et le « tiers » du deuxième contrat. La conclusion de ce deuxième contrat donne, il est vrai, à ce tiers le droit d'exiger que le contractant « se dessaisisse en sa faveur du bénéfice du contrat » (Lambert); mais au fond, ce n'est que réaliser le droit qu'il possédait virtuellement. Et la preuve, en est que si nous isolons le second contrat du premier, le tiers n'a aucun droit en vertu du second seul. Le premier contrat lui avait donné une action: seulement cette action ne paraît que s'exercer dans le vide: elle aura désormais une matière à laquelle s'appliquer; le stipulant du premier contrat pourra contraindre le promettant, stipulant du second contrat, à se dessaisir de l'action acquise par lui contre le nouveau promettant. Rien de plus. Ajoutons de plus que l'opération devait se compléter par une novation, une *procuratio in rem suam*, ou une *litis contestatio*.

De tout ce qui précède, nous pouvons tirer cette conclusion, qu'à l'époque classique, au temps d'Ulpien, les inconvénients de la règle *alteri nemo* avaient paru assez grands pour qu'on essayât de la tourner, et nous devons constater que les efforts accomplis en ce sens

(1) Voyez cette théorie, Lambert, ouv. cité, p. 89 et sq. Et en note, p. 102-103 les différents textes à l'appui.

avaient été couronnés de succès dans une très large mesure. Les jurisconsultes avaient mis, — et à juste titre, — tout leur art « à se soustraire à la nécessité de rompre avec les doctrines professées jusqu'alors. » (1) — Mais ne devait-il pas arriver un moment où le maintien de la règle aurait trop fortement lésé les intérêts et choqué la conscience publique? Et cette règle elle-même, malgré toute la vénération dont on entourait à Rome les vieux principes juridiques, ne devait-elle pas succomber à son tour, ou du moins se laisser entamer par de véritables exceptions? C'est ce qu'il nous reste à rechercher maintenant.

(1) Ihering, ouv. cité, p. 67.

CHAPITRE IV

EXCEPTIONS VRAIES A LA RÈGLE ALTERI NEMO

Les auteurs citent un certain nombre de textes se référant à différents contrats, à diverses opérations juridiques, et contenant, suivant l'opinion générale, de véritables exceptions à la règle prohibitrice. Rappelons nous que pour que cette règle reçoive une telle exception, il faut que d'un contrat passé entre deux personnes naisse directement un droit au profit d'une personne demeurée complètement étrangère au contrat, et que ce droit soit ouvertement reconnu, sans déguisement ni subterfuge légal : à cette dernière condition seule, la règle peut-être considérée comme ayant été entamée. Ajoutons que, pour qu'il y ait au sens strict du mot, contrat en faveur de tiers, il faut que le tiers puisse lui-même faire valoir le droit qui lui est ainsi acquis, et n'en soit pas réduit à compter sur l'intervention du stipulant pour assurer l'efficacité du contrat ; mais cette remarque n'empêche évidemment pas que l'on doive considérer la règle « *alteri nemo stipulari potest* » comme tenue en échec par cela seul que le stipulant est armé d'une action, en conséquence du

contrat, pour faire exécuter ce contrat en faveur du tiers ; et cela, alors même que le tiers ne pourrait agir lui-même.

SECTION I. — Cas où une action est accordée au stipulant

Remarquons que lorsqu'une action est accordée au stipulant, il faut toujours supposer qu'il a au moins un intérêt moral (pour l'intérêt pécuniaire, nous avons vu plus haut son influence) ; car un fou seul pourrait stipuler pour autrui, sans avoir un intérêt de cette nature : une telle stipulation serait proprement un acte non déterminé, c'est-à-dire, nous le répétons, l'acte d'un aliéné.

Dans deux grandes catégories de cas une action est ainsi accordée au stipulant sur la base d'un simple intérêt moral ; je veux dire, en cas de constitution de dot et en cas de vente d'esclaves.

§ 1. CONSTITUTION DE DOT.— On sait avec quelle faveur les Romains traitaient le mariage et les conventions qui s'y rapportaient, surtout quand elles avaient pour but de procurer des dots aux femmes, ce qui était considéré comme d'intérêt public. Nous verrons que l'on alla peut-être jusqu'à permettre des conventions accessoires à la constitution de dot contenant des dérogations absolues à la règle *alteri nemo* ; à plus forte raison dut-on admettre de telles dérogations alors qu'il s'agissait d'assurer l'efficacité de la constitution même de la dot.

Observons en passant que le seul fait de constituer

une dot, le contrat qui intervenait dans ce but entre le constituant et le mari, était déjà une stipulation pour autrui, depuis le jour où la femme eut droit à la restitution de la dot. La femme, qui est un tiers dans ce contrat, en retire un droit, ainsi qu'il résulte de la loi 75, D. de jure dotium, 23. 3 :

« Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est; et merito placuit, si in dotem fundum inæstimatum dedit, cujus nomine duplæ stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse »

Non seulement, en constituant la dot, on peut en réalité contracter en faveur d'un tiers; mais cette dot constituée, on peut, en cas d'éviction, exercer la stipulation duplæ contre le vendeur. C'est la solution donnée par la loi 71 D. de evict, et dupl. stip., 21, 2, empruntée à Paul.

« Pater filiæ nomine fundum in dotem dedit : evicto eo an ex empto vel duplæ stipulatio committatur, quasi pater damnum patiatur, non immerito dubitatur. Non enim sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest : nec conferre fratribus cogitur dotem a se profectam, manente matrimonio. Sed videamur, ne probabilius dicatur, committi hoc, quoque casu stipulationem : interest enim patris filiam dotatam habere et spem quandoque recipiendæ dotis : utique, si in potestate sit : quod si emancipata est, vix poterit defendi, statim committi stipulationem cum uno casu ad eum dos regredi possit. Num quid ergo tunc demum agere possit, cum mortua a in matrimonio filia, potuit dotem re-

petere, si evictus fundus non esset? An et hoc casu interest patris dotatam filiam habere ut statim convenire promissorem possit? Quid magis paterna affectio inducit. »

La situation est la suivante : un père a acheté un immeuble et l'a constitué en dot à sa fille. Puis il y a éviction. Le père peut-il agir contre le vendeur par l'action ex empto ou la stipulatio duplæ? Comme il ne doit pas garantie à sa fille, il n'a pas d'intérêt pécuniaire actuel. Mais il a un intérêt moral à ce que sa fille soit dotée, et cet intérêt suffit, puisque le jurisconsulte accorde l'action même au cas où la fille est émancipée. Il est vrai toutefois que si le mariage se dissout par la mort de la fille, le père se trouvera avoir eu un intérêt pécuniaire, la dot devant lui revenir ⁽¹⁾ Mais la solution paraît avoir été motivée par l'affection du père pour son enfant. Au reste c'est le père qui retire le bénéfice immédiat de la stipulatio duplæ, mais il le transmettra à sa fille en remplacement de l'immeuble évincé. Il convient d'ajouter que l'intérêt moral dont il s'agit, s'il est le motif de l'action, ne constitue pas la base de la condamnation ; ⁽²⁾ le chiffre de celle-ci n'est pas déterminé par la considération du degré d'affection du père pour la fille, ce qui eût entraîné d'impossibles évaluations ; il est fixé ou d'après la valeur de l'immeuble au jour de l'éviction, ou d'après le montant même de la stipulatio duplæ.

(1) L. 10 pr., l. 59, D. solut. matrim., 24, 3-

(2) Champeau, ouv. cité. p. 40.

Voilà donc un premier cas où une action est accordée au stipulant pour assurer un droit entre les mains d'un tiers : il suffit en effet de supposer que l'acte d'achat et la constitution de dot aient eu lieu dans un seul et même acte : il y a bien eu alors une véritable stipulation pour autrui, produisant effet.

§ 2. VENTE D'ESCLAVES.— Un cas analogue se présente souvent dans certaines clauses accompagnant les ventes d'esclaves. Ces clauses durent se multiplier sous l'Empire, à partir du moment où l'on se relâcha de la vieille rigueur envers les esclaves. Les philosophes et les littérateurs ne furent certainement pas étrangers à ce progrès social ⁽¹⁾. On sait qu'à une certaine époque, les affranchissements se multiplièrent à tel point que les empereurs durent édicter des lois restrictives, les lois *Ælia Lentia* et *Fusia Caninia* ⁽²⁾. Ces lois mêmes furent peut-être une des causes qui poussèrent les citoyens à user de la vente avec clause d'affranchissement : ne pouvant affranchir son esclave, le maître (mineur par exemple) employait ce moyen détourné de lui faire acquérir sa liberté. D'autres clauses favorables pouvaient d'ailleurs être stipulées, en dehors de la clause d'affranchissement ; ainsi des

(1) On se rappelle la fameuse épître de Sénèque à Lucilius (épître XLVII) où le philosophe réclame si éloquemment pour l'esclave le nom d'homme : « *Servi sunt ? Immo homines... Servi sunt ? Immo humiles amici. Servi sunt ? Immo conservi...* » — A citer aussi une lettre remarquable de Pline le Jeune (I. V. lettre 19) ; etc.

(2) Voyez Institutes de Justinien, I, 7, sur l'abrogation de la loi *Fusia Caninia*.

clauses portaient que l'esclave ne pourrait être transporté hors d'Italie, ou que l'esclave femme ne pourrait être livrée à la prostitution ⁽¹⁾. En cas même d'affranchissement, il pouvait s'agir d'un affranchissement différé ⁽²⁾; dans ce cas, le stipulant assurait la liberté à son esclave pour un temps plus ou moins éloigné, et lui-même retirait de la vente un certain prix.

La considération de l'intérêt d'affection se fortifiait ici de la faveur dont on entourait la liberté; aussi toutes les clauses que nous venons de citer et autres analogues furent elles reconnues valables et une action fut donnée au vendeur en cas d'inexécution des clauses favorables à l'esclave, en violation flagrante de la règle alteri nemo ⁽³⁾. Cette attribution d'une action au vendeur est l'œuvre de la const. 1, code 4, 56, ainsi conçue :

« Præfectus urbi amicus noster, eam quæ ita veniit, ut, si prostituta fuisset, abducendi potestas esset, ei, cui secundum constitutionem divi Hadriani id competit, abducendi impertiet facultatem. Quod si eum patientiam accommodasse contra legem quam ipse dixerat ut in turpi quæstu mulier haberetur, avimadvert erit libertate competente secundum interpretationem ejusdem principis, perduci eum ad prætorem, cujus de liberali causa juridictio est, ut ibi lis ordinetur ju-

(1) L. 7. D. de servis exportandis, 18, 7.— L. 56, D. de contr. empt. 18, 1.

(2) L. 38, § 1. D. de lib. caus., 40, 12. L. 1 et 3 D. qui sine manumissione, 40, 8.

(3) Peut-être pourrait-on dire toutefois que le contrat n'est pas en faveur d'un tiers, l'esclave n'étant pas un tiers, mais une chose.

bebit. Nec enim tenor legis quam semel comprehendit intermittitur, quod dominium per plures emptorum personas ad primum qui prostituit, sine lege simili pervenit. »

Cette constitution est d'Alexandre. Un progrès ultime fut accompli par une constitution de Marc-Aurèle et de Commode, la const. 2, code 4, 57. Et Paul nous dit à ce sujet :

« Si quis hac lege vendidit ut intra certum tempus manumittatur, si non sit manumissus, liber fit, » et plus loin : « si tamen is, qui vendidit, in eadem voluntate perseveret, heredis voluntatem non esse exquirendam ». (1)

Peu importe donc que l'héritier du stipulant persévère dans la volonté de son auteur : il ne peut dispenser l'acheteur d'exécuter la clause favorable à l'esclave, du moins semble-t-il qu'il faille que le stipulant lui-même ait persévéré dans sa propre volonté ; mais cette dernière exigence ne dut pas survivre longtemps à l'autre, car le même Paul nous dit ailleurs (2).

« Si servus venditus est, ut intra certum tempus manumittatur, etiam si sine herede decessissent et venditor et emptor, servo libertas competit, et hoc divus Marcus rescripsit. Sed et si mutaverit venditor voluntatem, nihilominus libertas competit. »

Au reste, alors même que la dernière phrase du texte serait interpolée et qu'elle devrait être attribuée

(1) L. 3, D. de serv. exp., 18, 7.

(2) L. 1, D. qui sine manum, 40, 8.

aux compilateurs de Justinien (ce qui pourrait être soutenu) ⁽¹⁾, il n'en reste pas moins que la constitution de Marc-Aurèle accordait de plein droit la liberté à l'esclave, au cas de non exécution des clauses convenues en sa faveur. A partir de ce moment, nous ne sommes plus dans les termes de la stipulation pour autrui stricto sensu, mais dans ceux du véritable contrat en faveur de tiers, puisque le tiers acquiert la liberté en conséquence du contrat, ipso facto, sans nouvelle intervention du stipulant. D'un seul coup l'esclave acquiert la personnalité juridique et une action pour la faire respecter, et remarquons que, logiquement, sinon chronologiquement, l'action lui est attribuée avant la personnalité. puisqu'elle a pour but de lui faire acquérir celle-ci. Il y a là au point de vue juridique, quelque chose d'un peu forcé, et c'est pourquoi, jusqu'à Marc-Aurèle, l'action n'était pas donnée à l'esclave, simple chose, mais au stipulant, car l'esclave tiers bénéficiaire n'existait, en tant que personne susceptible d'avoir des droits, qu'une fois la clause d'affranchissement exécutée, c'est-à-dire après que le contrat ait produit ses effets.

En résumé la situation était celle-ci : un contrat est passé entre deux personnes en vue de rendre un esclave libre. Mais pour que l'esclave puisse acquérir une action, il faudrait qu'il eût une personnalité juridique (ceci indépendamment de la règle alteri nemo, qui, nous l'avons vu, n'arrête pas les jurisconsultes

(1) La construction de la phrase : sed etsi... nihilominus, peut donner quelques doutes.

en cette matière) ; et pour que l'esclave ait cette personnalité même, il faudrait déjà qu'il soit libre. La difficulté fut tranchée de deux façons : avant Marc-Aurèle, l'action est donnée au stipulant ; après lui, et de par son rescrit, la liberté est acquise ipso facto, et du même coup l'action pour la faire respecter.

Quant aux clauses favorables à l'esclave autres que la clause d'affranchissement, ce n'est, à nos yeux, que dans un sens large et philosophique que l'on peut y voir des stipulations pour autrui. Stipuler qu'on ne transportera pas hors d'Italie un esclave vendu, juridiquement, c'est une clause analogue à la suivante : stipuler qu'on ne maltraitera pas un cheval ou un chien. Sans doute si l'acheteur viole le contrat, le vendeur aura une action contre lui ; mais où est le tiers ? Strictement, il n'y en a pas plus dans le premier des cas indiqués que dans le second, et à moins que stipuler de bons traitements en faveur d'une bête de somme, ce soit stipuler pour autrui, il n'y a pas là une exception véritable à la règle. Il en est autrement en matière d'affranchissement : le contrat ici a pour but de donner à un être le premier des droits, la liberté, et par cela même de le faire naître au monde juridique.

Nous avons vu plus haut, en matière de dot, que l'intérêt d'affection, s'il servait de base à l'action, ne servait pas de mesure à la condamnation. Le plus souvent il en sera de même dans le cas qui nous préoccupe actuellement : le stipulant aura d'avance fixé le chiffre de son intérêt dans la diminution de prix

consentie par lui, comme contre-partie de l'admission de la clause favorable à l'esclave : par exemple il aura vendu celui-ci mille sesterces de moins, à condition qu'il soit affranchi dans dix ans. Jusqu'au rescrit de Marc-Aurèle, quand l'esclave n'était pas affranchi à l'échéance, — comme il ne devenait pas encore libre ipso facto, — c'étaient ces mille sesterces que pouvait réclamer le stipulant ; sanction qui, indirectement assurait l'exécution complète du contrat (1). Ceci indépendamment du cas, sur lequel nous n'avons pas à revenir, où il y avait eu stipulatio pœnæ.

Nous pouvons donc conclure que dans deux grandes hypothèses, alors qu'il s'agissait de protéger des intérêts particulièrement dignes de faveur aux yeux des jurisconsultes romains, — c'est-à-dire la dot des femmes et l'affranchissement des esclaves, — l'intérêt d'affection fut considéré comme suffisant pour qu'on accordât une action au stipulant, tout au moins dans les contrats de bonne foi, où selon l'expression de Papinien « placuit prudentioribus affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam » (2). C'est une solution qu'il serait téméraire d'étendre à tous les contrats à l'exécution desquels le stipulant a un intérêt d'affection. Nous sommes en présence d'une double exception à la règle « alteri nemo » et de cette exception due à la faveur spéciale dont on entourait la dot et l'affranchissement, il ne faut tirer aucune conclusion

(1) Parfois aussi le contrat portait, qu'en cas d'inexécution de la clause favorable, l'esclave ferait retour au vendeur. (V. Lambert, p. 123).

(2) L. 54, D. mandati, 17, 1.

générale. Remarquons enfin que même dans les deux cas que nous venons d'étudier, l'intérêt d'affection, motif d'action, ne sert pas de base à la condamnation, et qu'il faut que le chiffre de celle-ci puisse être établi par le juge d'après les éléments d'application que fournit la convention elle-même.

SECTION II. — Cas où il y a réellement contrat en faveur de tiers

Nous arrivons à la partie la plus délicate peut-être et la plus intéressante de cette étude, je veux dire à l'examen des hypothèses où le contrat intervenu entre les parties fait naître au profit d'un tiers demeuré absolument étranger au contrat ⁽¹⁾ un droit direct, qu'il peut lui-même faire valoir sans avoir besoin de l'entremise du stipulant, et cela sans qu'on ait à faire intervenir aucune idée de représentation.

A ce propos une observation préliminaire s'impose. Il importe de ne pas confondre le contractant en faveur de tiers et le gérant d'affaires. Il y a une grande similitude entre les deux situations, si grande que certains auteurs, comme M. Naples ⁽²⁾, ont pensé qu'en utilisant la théorie de la gestion d'affaires on pouvait pallier les inconvénients de la règle prohibitrice « *alteri nemo.* » Nous rappelons comme criterium, que le contractant en faveur de tiers, tout en parlant *suo nomine*, se propose d'obliger directement le promet-

(1) C'est à dire un tiers qui n'a été représenté ni par un tuteur, ni par un agent d'affaires, ni par un mandataire, etc.

(2) V. ouvr. cité, avant-propos.

tant envers le tiers, tandis que le gérant d'affaires non seulement parle suo nomine, non seulement encore, veut acquérir pour lui l'action, mais de plus se propose de faire naître en lui-même le droit résultant du contrat (1). Ceci dit pour éviter toute confusion, dans l'analyse de textes où la distinction n'est pas toujours très nette. Le seul emploi de l'expression suo nomine ou alieno nomine n'a pas grande importance pour la détermination de la nature de l'opération (2).

Venons en maintenant à l'examen des différentes hypothèses où les auteurs ont vu, ou cru voir, une exception à la règle prohibitrice et demandons nous quelle est la portée de ces exceptions et la date probable de leur apparition.

§ 1. RÉSERVE DU DROIT AU BAIL EN FAVEUR DU PRENEUR. — On sait qu'en droit romain, le droit du preneur étant purement personnel, cette conséquence était admise que l'acheteur de l'immeuble loué n'était pas tenu de respecter le contrat de bail (3). Il pouvait expulser le locataire, sauf à celui-ci à se retourner contre le bailleur. Cette situation était désagréable, et pour le preneur, exposé à l'expulsion, et pour le bailleur, exposé à une demande de dommages-intérêts. Aussi comprend-on aisément que les vendeurs durent bientôt s'aviser de stipuler des acheteurs le maintien

(1) Champeau ouv. cité, p. 153.

(2) Lambert ouv. cité, p. 116 et passim.

(3) Les Allemands énoncent ce principe dans un brocard : « Kauf bricht Miethe »,

du bail. Dès le temps de Gaius, de telles stipulations étaient connues. Quelle était leur valeur ?

Citons tout d'abord le texte de Gaius (loi 25, § 1, D. loc. cod., 19, 2.

« Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel ædes vendat, curare debet ut apud emptorem quoque eadem pactione, et colono frui, et inquilino habitare liceat, alioquin prohibitus is agat cum eo ex conducto ».

Avant même d'examiner en détail cette loi, il nous faut observer deux choses : c'est que 1° le vendeur avait un intérêt pécuniaire à ce que le locataire ne soit pas expulsé, puisque ce dernier avait un recours contre lui ; et que 2° la force du texte semble porter sur les mots « curare debet », d'ailleurs assez vagues. Le bailleur doit « prendre soin » que le locataire ne soit pas troublé par l'acheteur. De quelle façon ? Pour une époque postérieure nous avons une constitution un peu plus catégorique de l'empereur Alexandre. Mais pour le temps de Gaius nous devons commencer par rechercher la portée de la seule loi 25 D. 19, 2.

Pour M. Pacchioni ⁽¹⁾, cette portée est bien faible. « Ce fragment, dit-il, a été interprété de deux façons différentes. Quelques-uns y voient un pacte entre vendeur et acheteur et ne valant qu'entre eux ; le tiers locataire n'acquerrait alors pas de droit, mais il serait en fait garanti quant à la continuation du bail, en ce que l'acheteur, s'il l'expulsait, prêterait le flanc au

(1) Ouv. cité, page 82 et sq.

vendeur. D'autres soutiennent qu'il y a un pacte entre vendeur et acheteur valable aussi en faveur du locataire (tiers). » Notre auteur commence par rejeter la première interprétation en se fondant sur ce que l'allure générale du texte prouve que le locataire acquiert bien lui-même un droit. Il repousse la seconde également, comme impliquant que le locataire est resté étranger au contrat, ce que rien ne nous force à admettre. Pour lui, la phrase « *curare debet* » fait allusion à un « expédient dont le vendeur doit se servir pour empêcher les effets préjudiciables du principe d'après lequel la vente rompt la location. » Et cet expédient ne peut être un pacte en faveur du locataire considéré comme tiers, car, au temps de Gaïus, la règle « *alteri nemo* » était trop incontestée pour qu'une telle exception lui fût apportée, sans être pour le moins expressément relevée. De plus au lieu de cette phrase : « *curare debet... liceat* », pourquoi n'avoir pas dit tout simplement que pour obtenir cet effet, il faut convenir par un pacte du maintien de la location en faveur du locataire ? M. Pacchioni veut qu'il s'agisse d'un expédient plus compliqué, consistant dans un pacte à conclure entre le locataire et l'acheteur ⁽¹⁾, expédient qui aurait pu facilement être employé le plus souvent et aurait coupé court à toutes les difficultés. En conséquence, le texte ne contiendrait pas une exception à la règle *alteri nemo*.

(1) Le droit romain, fait observer notre auteur, admettait volontiers des expédients analogues. Voyez const. 6, Code, 8,38 ; L. 29, § 2, D., 23.4, const. 19 Code, 4, 12. — Id. Unger, *Die Verträge zu gunsten Dritter*, p. 25-26.

L'argumentation de M. Pacchioni est assurément très spécieuse ; toutefois elle nous semble présenter un point faible : le savant romaniste ne rejette-t-il pas un peu précipitamment la première interprétation, celle qui suppose un pacte entre le vendeur et l'acheteur, n'ayant de valeur que dans les rapports des parties ? Pressé d'arriver à proposer sa solution, M. Pacchioni n'examine de près que la conception qui la rend possible, c'est-à-dire, l'idée d'un pacte produisant effet dans la personne du tiers et lui donnant une action. Mais pour rejeter la première interprétation, quel argument donne-t-il ? Celui-ci : de toute l'allure du texte, il semble résulter que le locataire a acquis un droit propre. Or cette allure du texte n'est peut être pas si convaincante que notre auteur le dit. Le vendeur doit prendre soin (*curare debet*) que le locataire ne soit pas expulsé : c'est un devoir que sanctionne l'action en dommages intérêts du locataire, mais rien n'établit un droit du locataire à l'encontre de l'acheteur. D'autre part, il n'y aurait rien d'étonnant à ce que *Gaius* valide ainsi une stipulation pour autrui (*stricto sensu*, c'est-à-dire dans les rapports des parties) sans insister beaucoup, puisque, nous l'avons remarqué, il y va d'un intérêt pécuniaire pour le stipulant. Pour nous donc, à l'époque de *Gaius*, il y aurait eu, en matière de bail, une exception à la règle *alteri nemo*, exception d'ailleurs peu caractérisée, puisqu'elle se fonde sur l'intérêt pécuniaire du stipulant et qu'aucune action n'est accordée au tiers.

Mais pour une époque postérieure, nous trouvons

un texte qui semble accorder cette action au locataire, et par conséquent aggraver l'exception. C'est la const. 9, code, 4,65, due à l'empereur Alexandre :

« *Emptori quidem fundi necesse non est sinere colonum cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit; verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonæ fidei iudicio, ei quod placuit parere cogetur.* »

Il résulte de ce texte, à le prendre en bloc, que le preneur lui-même pourra révoquer la clause insérée à son profit dans le contrat de vente; le texte ne le dit pas formellement; mais si l'on n'adoptait pas cette solution, il serait impossible de justifier l'expression : « *parere cogetur* » car le droit du vendeur se réduirait à réclamer des dommages-intérêts : il faut donc admettre qu'une exception est accordée au preneur menacé d'expulsion.

Mais nous retrouvons à propos de ce texte, la théorie de M. Pacchioni. Pour lui, il y a opposition, ou, du moins, non-concordance entre les deux parties de la constitution, séparées par les mots : *verum si*. On peut nous dit-il, proposer ici encore deux interprétations : ou bien il y a véritablement contrat en faveur de tiers; ou bien il y a reproduction de la situation indiquée plus haut, c'est-à-dire intervention d'un pacte entre l'acheteur et le locataire. En faveur de la première hypothèse, milite l'expression « *nisi ea lege emit* », qui ne peut concerner que les rapports du vendeur et de l'acheteur; en faveur de la seconde, toute la seconde partie de la constitution. Pour sortir d'embarras, M.

Pacchioni, propose d'admettre l'interpolation de « nisi ea lege emit ». Et il fait remarquer que ces quatre mots, si on veut les maintenir, rendent la seconde partie de la constitution superflue et discordante ; superflue au fond, puisqu'elle ne ferait que répéter diffusément ce que contient « nisi ea lege emit » ; discordante dans la forme, puisqu'elle semble vouloir annoncer quelque chose qui est en contradiction avec la proposition précédente (verum si...), tandis que cette contradiction n'existe pas. Argument d'autant plus important, dit notre auteur, que tout ce qui est discordant ou superflu, disparaît si on supprime « nisi ea lege emit ». Et la constitution telle qu'elle reste alors peut-être interprétée comme concernant un pacte intervenu entre le locataire et l'acheteur.

Nous pourrions répondre d'abord, que, même en maintenant le membre de phrase « nisi ea lege emit », la proposition : « verum si... » n'est ni superflue, ni discordante. Elle n'est pas superflue, car la restriction « nisi » a besoin d'être développée, et la seconde proposition contient du reste des éléments qui ne sont pas impliqués dans la restriction nisi (*aliquo pacto, ... eadem conductione, ... sine scripto, ... bonæ fidei iudicio...*). — Elle n'est pas discordante, car il n'est pas besoin d'examiner beaucoup le texte pour voir que la force de verum ne porte pas sur nisi, mais sur : *necesse non est sinere*.

Toutefois nous admettrons que les mots « nisi ea lege emit » aient été interpolés : voyons si cette concession suffira à permettre de justifier la théorie opposée

à la nôtre. Nous ne le croyons pas. Rien dans la proposition « verum si... cogetur » ne prouve une intervention du locataire dans le pacte ; évidemment s'il y est intervenu, cela n'a pu que lui donner une action sinon plus solide, du moins aussi solide ; mais nous pensons que cette intervention n'est nullement nécessaire, et que la constitution valide réellement un contrat en faveur de tiers. Les mots « aliquo pacto » semblent confirmer cette opinion (qui, même sans cela, nous paraîtrait devoir l'emporter) : ils laissent entendre qu'un pacte quelconque, soit entre le locataire et l'acheteur, soit entre le vendeur et l'acheteur peut servir de base à l'exception du locataire.

Ajoutons une dernière remarque en faveur de notre théorie : c'est que les mots « nisi ea lege emit », fussent-ils interpolés, on n'a pas le droit d'en faire abstraction avec certitude quand on analyse la seconde partie de la proposition. Celle-ci, en effet, si elle n'est pas interpolée dans son ensemble, a dû être remaniée par les compilateurs ⁽¹⁾ et par conséquent, se réfère dans sa forme actuelle au « nisi ea lege emit » inséré par ces mêmes compilateurs. Sous sa forme primitive, il y a lieu de penser qu'elle ne permettait pas de doute ; ceci dit comme surcroît d'argument ⁽²⁾, mais non pas

(1) On pourrait peut-être être tenté de penser : au cas où la constitution d'Alexandre aurait primitivement été telle que M. Pacchioni veut nous la faire lire, pourquoi, si non pour y ajouter un nouveau sens, les compilateurs y auraient ils inséré : nisi ea lege emit ? — Nous répondrons qu'il y aurait là un de ces cas d'interpolations voluptueuses dont parle M. Henri Appleton (ouv. cité, p. 32) et que les compilateurs ont peut être même inséré « nisi... » avant d'avoir lu la phrase suivante.

(2) Argument des mots : verum si, — probetur, — ei quod placuit parere

comme indispensable au triomphe de notre thèse, puisqu'à nos yeux, la constitution, telle qu'on voudrait nous la faire lire, c'est-à-dire, privée de l'incidente : « nisi » et intacte quant au reste, n'en aurait pas moins en vue une hypothèse de contrat en faveur de tiers.

Concluons. Notre conclusion sera triple :

1° Rien ne prouve que « nisi ea lege emit » soit interpolé et en contradiction avec la seconde proposition ;

2° A supposer que cela soit, la seconde proposition elle même n'est pas à l'abri du soupçon, et ne doit pas être séparée de « nisi ea lege emit » ;

3° Alors qu'on refuserait d'admettre les deux propositions précédentes, rien ne prouve que le locataire ait été partie au pacte.

Observons en terminant que nous ne devons pas songer à adopter une solution désespérée (que rien d'ailleurs, on le voit, ne nous oblige à considérer comme un refuge), celle qui consisterait à déclarer interpolées totalement les deux phrases que M. Pachioni veut opposer l'une à l'autre. Ce qui resterait de la constitution n'aurait plus aucun intérêt, ne ferait que sanctionner un vieux principe incontesté, et marquerait même un recul injustifié sur la loi 25 §1 dont nous avons parlé plus haut.

Il y a donc dans la constitution de l'empereur

(les classiques évitant ordinairement d'employer le neutre *id* aux cas obliques), et peut être de la discordance des sujets des verbes *probetur* et *maneat*.

Alexandre une exception à la règle alteri nemo. Le locataire pouvait se prévaloir de l'acte de vente pour repousser l'acheteur qui voulait lui donner congé. Ajoutons que si cette exception « manifeste une tendance du droit objectif à *réaliser*, quoique partiellement, le droit du locataire, plutôt qu'une tendance à étendre les effets du contrat au delà des parties contractantes » (1), — question de tendances à part, ce n'est toutefois qu'en étendant ces effets du contrat, que l'on est parvenu à établir cette partielle *réalisation* du droit du locataire. Nous ne nierons pas pourtant ce qu'il y a de juste dans cette dernière remarque, et nous reconnaissons volontiers l'importance du motif économique qui a déterminé l'empereur Alexandre à édicter la constitution 9 code, 4, 65, et Justinien à la conserver.

§ 2. CONTRAT DE TRANSPORT (2). — On a cité, comme présentant un cas d'exception, la loi 5, § 4 Dig., neg. gest., 3, 5, ainsi conçue :

« Si quis pecuniam vel aliam quamdam rem ad me perferendam acceperit : quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit. » Windscheid (3) affirme que la jurisprudence romaine aurait, dans le cas prévu par ce texte, admis la validité d'un contrat en faveur de tiers, contrat intervenu entre celui qui a chargé l'entrepreneur de

(1) V. Eisele, Beiträge zur Römischen rechtsgeschichte, VI, a. Id Pacchioni, p. 37.

(2) Pacchioni, p. 37.

(3) Lehrbruch, § 316, nota 7 a.

transport de m'apporter un objet et cet entrepreneur lui-même, contrat auquel je suis resté étranger, et qui sert néanmoins pour moi de base à une action. Que devons nous penser de cette opinion ?

« Il est inexact de parler ici d'une charge, dit Eisele ; il ne s'agit pas d'une charge, mais d'un mandat. » La situation, en effet, est la suivante : Titius a chargé Seius de m'apporter un objet quelconque. — Or, le texte nous dit que j'aurai une action negotiorum gestorum contre Seius « quia meum negotium gessit. » Donc mon action est basée, non sur le contrat de mandat intervenu entre Titius et Seius, ce qui constituerait une exception à la règle alteri nemo, mais sur le fait de Seius, auquel on reconnaît le caractère d'une gestion d'affaires. Il s'agit, comme le dit encore Eisele « d'une action negotiorum gestorum reposant sur son propre fondement réel. » Et le fait pour le jurisconsulte d'avoir eu recours à ce point de vue de la gestion d'affaires montre bien qu'il n'a pas voulu donner efficacité à un contrat en faveur de tiers, car sans cela on n'aurait pas eu à faire intervenir d'autre idée que celle de mandat, et il aurait été facile de donner au tiers une actio mandati utilis.

Il semble même que dans le texte qui nous occupe Ulpien, qui en est l'auteur, ait un peu forcé l'application de l'actio negotiorum gestorum directa. En effet ⁽¹⁾, ou la chose n'appartenait pas à celui auquel elle doit être portée et à qui on concède l'action ; et dans ce cas,

(1) Pacchioni, p. 38.

il nous manque « le substratum objectif de la gestion d'affaires » ; ou la chose appartenait au tiers, et dans ce cas encore, l'actio negotiorum gestorum directa ne devait pas être donnée normalement contre le voiturier, l'initiative de la gestion étant due à celui qui avait consigné la chose, et non à celui qui l'avait reçue avec mandat de la remettre au destinataire. Il nous faut donc reconnaître que la loi 5 § 4. D. 3, 5, ne contient pas une exception à la règle alteri nemo ⁽¹⁾, encore que la solution donnée par elle permette d'arriver à peu près au même résultat qu'on aurait pu atteindre en reconnaissant la validité d'un contrat en faveur de tiers. Il ne faut pas d'ailleurs prétendre tirer de cette constatation des conséquences exagérées, et notamment celle que la jurisprudence classique se refusait à reconnaître en toute circonstance la validité de tels contrats : nous ne voyons dans l'interprétation que nous croyons devoir donner de la loi 5, qu'un indice de plus de la répugnance, déjà bien des fois présentée par nous, avec laquelle cette jurisprudence reconnaissait cette validité et de la préférence qu'elle témoignait à des expédients d'espèce, chaque fois qu'il lui était possible d'y avoir recours.

§ 3. — Ulpien, qui nous a fourni le dernier texte dont nous nous sommes occupés, nous en fournit encore un dans lequel on a vu une exception nouvelle. Cette exception se rapprocherait de celle étudiée dans

(1) En ce sens, contre Windscheid, Eisele (ouv. cité, VI, a) ; Unger (id., p. 46, note 55) ; Wendt (Lehrbruch, p. 503) ; et Pacchioni (ouv. cité, p. 37 et sq.)

notre § 1, car il s'agit d'une clause accessoire à un contrat de vente, contenant une réserve, non plus au profit du locataire, mais au profit du débiteur gagiste. Voici le texte dont nous allons parler :

« Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Julianus et est rescriptum ob hanc conventionem pignoraticii actionibus teneri creditorem ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem ; sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere. » (l. 13, pr. D., de pigner. act., 13,7).

Il y a de grandes divergences d'appréciation au sujet de ce texte. « Il est impossible, dit M. Tronche-Macaire de s'écarter plus complètement qu'on ne le fait ici du principe qui défendait d'acquérir une action à un tiers par une convention à laquelle il restait étranger. » Cette opinion est aussi celle de M. Champeau, M. Pacchioni est d'un avis tout différent et ne voit, du moins dans la première partie de la loi, qu'un cas de représentation ⁽¹⁾.

Commençons par préciser l'hypothèse :

Un créancier gagiste non payé à l'échéance, vend comme c'est son droit ⁽²⁾ le gage reçu en garantie ; il

(1) V. Unger, ouv. cité, p. 28 ; Tartufari, id., p. 35 ; Pernice, Labeo, III, p. 194 ; Eisele, ouv. cité, p. 78 ; Massa, id., n° 55 ; Tronche-Macaire, ouv. cité, p. 63 ; Champeau, id., p. 158 ; Pacchioni, id., p. 50 ; Windscheid, id., § 316 n. 2 et 8.

(2) En dehors de ce cas, l'emprunteur pourrait sans conteste revendiquer et faire rescinder la vente (l. 7, § I, de distr. pign. 20, 5.)

convient avec l'acheteur que le propriétaire du gage pourra le reprendre en versant à l'acheteur le prix payé. Que résulte-t-il de cette convention ?

1° « Est rescriptum... pignoratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem » c'est-à-dire que le débiteur propriétaire du gage peut par l'action pigneraticia exiger du créancier vendeur la cession de l'action venditi que ce dernier a contre l'acheteur.

2° « Sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emptorem agere » c'est-à-dire que le débiteur aura le droit d'agir de son chef contre l'acheteur.

Nous pouvons séparer l'une de l'autre les deux effets dont le texte nous parle, car il nous semble exact de considérer avec Eisele, la seconde partie de la loi (après *adversus emptorem*) comme interpolée. Interpolation que fait pressentir la circonstance d'accorder simultanément à l'acheteur la revendication et une action *in factum*, ce qui aurait choqué un jurisconsulte classique (1); interpolation que révèle aussi le contraste relevé entre les deux parties de la loi par Eisele et Pacchioni.

Considérons donc d'abord la première partie de la loi : elle nous donne ces éléments très nets : 1° le créancier en vendant le gage a stipulé une réserve au profit du débiteur-propriétaire; 2° ce créancier est tenu « *pignoratitiis actionibus ut debitori mandet ex vendito*

(1) Gaius, *Inst.*, IV, 4.

actionem adversus emptorem. » Y a-t-il là contrat en faveur de tiers ?

Pour M. Pacchioni, il n'y a qu'un cas de représentation. Sans doute, en vendant le gage, le créancier exerce un droit propre et ne peut être considéré comme représentant du débiteur, mais il peut l'être dans la conclusion du pacte de rachat ; d'autant plus que par le fait de vendre en sa qualité de créancier gagiste, le vendeur reconnaît en lui-même une duplicité de fonctions qui l'oblige à protéger à la fois son propre droit et celui du propriétaire. Il y a donc dans le pacte de rachat un contrat tacite nomine domini. Nous avouons que ces observations sont ingénieuses, mais nous ne voyons guère dans le texte ce qui peut les corroborer, d'une façon un peu rigoureuse. Peut-être notre auteur l'a-t-il senti, car il ajoute un argument qui lui paraît très solide et qu'il tire de la concession de l'actio pigneraticia au débiteur : nous verrions donc un contrat en faveur de tiers faire naître une action du tiers contre le stipulant ? En admettant au contraire la représentation, l'action pigneraticia apparaît comme faisant fonction d'action mandati ou negotiorum gestorum et sert à faire valoir un rapport nouveau en dehors de ceux qu'elle était primitivement destinée à faire valoir, sorte d'adaptation qui était commune dans la jurisprudence romaine.

Cet argument n'est-il pas contestable ? Le débiteur peut agir contre le créancier gagiste par l'action pigneraticia ; c'est bien. Mais ce n'est pas du contrat intervenu entre le créancier vendeur et l'acheteur que

surgit cette action : elle naît du contrat de gage lui-même. Du contrat de vente ne naît que l'action venditi du vendeur contre l'acheteur. Tout ce que le texte nous autorise à affirmer, c'est que le débiteur peut exiger que le créancier lui transfère cette action venditi, en tant qu'elle sanctionne ce pacte de rachat et s'il peut l'exiger, c'est en vertu d'un rapport juridique antérieur. Donc à ne considérer que le pacte de rachat en lui-même et à supposer que le débiteur n'exerce pas le droit à lui reconnu par la loi 13 D. 13, 7. nous trouvons que ce pacte attribue au vendeur une action sanctionnant un droit né ensuite du contrat, dans la personne d'un tiers. Et rien n'indique avec quelque force que dans ce pacte, le créancier ait réellement agi comme représentant. Non pourtant que nous déclarions cette hypothèse certainement fausse, mais nous ne pouvons la recevoir comme prouvée, ni même comme probable.

Venons en à la seconde partie du texte, qui, nous l'avons dit, doit probablement être attribuée aux compilateurs de Justinien. Observons tout de suite qu'il y est fait mention de deux actions : la revendication et une action personnelle in factum. Même en admettant que la concession de la revendication puisse s'expliquer autrement que comme une exception à la règle prohibitrice, peut-on voir autre chose qu'une telle exception dans la concession de l'action in factum ? Nous ne le pensons pas. Il y a bien là une action acquise au tiers en vertu d'un contrat auquel il est demeuré étranger et rien ne vient justifier l'interven-

tion d'une idée de représentation. Nous concluons donc qu'en la matière qui nous occupe, le droit romain introduisit peut-être dès l'époque d'Ulpien et presque certainement à celle de Justinien une exception à la règle qui prohibait les contrats en faveur de tiers.

§ 4. — MUTUUM⁽¹⁾, DÉPOT, COMMODAT⁽²⁾. — Le gage n'est pas le seul contrat réel pour lequel on ait soutenu qu'il pouvait contenir des exceptions à la règle *alteri nemo*. C'est surtout en matière de contrats réels en effet que les Romains semblent avoir été portés à admettre ces exceptions, à tel point que M. Lambert a cru pouvoir ramener ces exceptions multiples à une cause commune ; d'après lui, le fait d'une tradition matérielle aurait été pour les Romains un motif de faire échec à la règle *alteri nemo* ; un texte, la loi 38 D, de pactis l. 2 t. 14, ne dit-il pas : « In traditionibus rerum quod cumque pactum sit, id valere manifestum est ? » Il y a assurément là une très juste observation et très concordante avec ce que nous savons de l'esprit romain, qui attachait une importance toute particulière au fait accompli. Devrons-nous cependant admettre qu'il y ait eu en matière de *mutuum*, de dépôt de *commodat*, de véritables contrats en faveur de tiers ? Aux textes et à l'interprétation des textes, de nous répondre : nous

(1) V. Massa, *ouv. cité*, III, 3, n° 50 ; Tronche-Macaire, *id.* p. 52 ; Naples, *id.* p. 48 ; Lambert, *id.* p. 115 ; Pacchioni, *id.* p. 84.

(2) V. Eisele, *ouv. cité*, VI, 3° ; Massa, *id.* III, 3, n° 52 ; Tronche-Macaire, *id.*, p. 62 ; Lambert *id.*, p. 118 ; Naples, *id.* 13 ; Pacchioni, *id.*, p. 56.

allons interroger le Digeste, sans idée préconçue et sans esprit de système.

En ce qui concerne le mutuum, les textes paraissent aussi *nets* que possible. Et tout d'abord citons, après beaucoup d'autres, la loi 9 § 8 D. de reb. cred., 12, 1 :

« Si nummos meos tuo nomine dedero, dit Ulpien, velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi conductionem. Julianus quoque, de hoc interrogatus, libro decimo scribit, veram esse, Aristonis sententiam : nec dubitari quin, si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua dedero, tibi adquiratur obligatio, cum quotidie credituri pecuniam mutuum, ab alio poscamus ut nostro nomine creditor meus et futuro debitori nostro. »

Il y a dans ce texte deux situations distinctes ; l'une peut-être considérée comme ne concernant pas la matière qui nous préoccupe, c'est la seconde ; mais dans la première il est bien difficile de ne pas voir un contrat en faveur de tiers ; il ne peut y avoir eu de mandat entre le tiers et la personne qui verse les nummi, puisque le tiers ignore tout. Y a-t-il gestion d'affaires ? Rien ne le fait présumer ; car ainsi que nous l'avons dit plus haut, l'expression « tuo nomine » est sans valeur comme critérium. A moins de vouloir de parti pris nier que les Romains aient connu le contrat en faveur de tiers, on doit reconnaître que nous devons en constater ici un cas ; c'est du moins l'interprétation la plus simple à donner au texte. On peut donc acquérir à un tiers la *condictio ex mutuo*.

Cette conclusion est renforcée par la lecture de certains autres textes, tels que la loi 19 § 3, D., de donationibus, 39, 5 ⁽¹⁾, et peut-être la loi 126 § 2 D., de V. O. 45, 1. M. Lambert croit toutefois devoir écarter ce dernier texte, comme se référant à un cas de gestion d'affaires. De fait l'un des contractants qui y sont mis en scène, Julius Zosa, est deux fois qualifié de « rem agens Quintiliani. » Peut-être, pourrait-on néanmoins soutenir que cette loi concerne un cas de stipulation pour autrui, étant donné que le jurisconsulte (Paul) fait intervenir dans sa réponse la règle : « per liberam personam, quæ neque juri nostro subiecta est... » Mais les textes précédents, précis et nets, nous dispensent de recourir à un texte au moins douteux ⁽²⁾.

La solution donnée par Ulpien a servi de base à une thèse d'un romaniste belge, Molitor ⁽³⁾, thèse hardie et ingénieuse, mais un peu aventurée. Pour expliquer cette solution, Molitor s'exprime ainsi :

« Pour ceux qui ne rapprochent pas la règle alteri stipulari non possumus de la règle qu'on peut rendre meilleure, la condition d'un tiers, si aucun autre tiers n'est grevé, ce texte est inexplicable ; mais pour nous, qui tirons de ce rapprochement la conséquence générale qu'on peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque l'émolument qui doit lui être procuré provient ex re

(1) V. Lambert, p. 117.

(2) Ce qui rend très faible du même coup l'argument que M. Naples veut en tirer à l'appui de la thèse dont nous avons parlé dans notre chapitre I.

(3) Les obligations en droit romain, v. p, 106 et sq.

stipulantis, nous ne voyons dans la loi 9 qu'une application de cette règle même, comme nous l'avons expliquée d'après ses vrais motifs. En effet, si le prêt fait au profit d'un tiers est valable, c'est que l'émolument qui lui est procuré provient ex re stipulantis et non ex re promittentis, c'est qu'il y a un tiers avantage, et pas de tiers grevé. Le tiers avantage n'a donc qu'à accepter, il n'a qu'à intenter l'action ex mutuo... »

M. Accarias dit bien : « Je puis améliorer la condition d'autrui quand il me suffit pour cela de me grever moi-même... La vérité est donc que le principe qui nous empêche de stipuler pour un tiers et celui qui nous autorise à améliorer la condition d'autrui se limitent l'un l'autre, mais ne se contredisent pas (1). » Lors donc que je puis rendre la condition d'autrui meilleure en ne grevant que moi, rien ne s'oppose à mon action. Mais Molitor va plus loin : pour lui, je ne greve que moi dans tous les cas où, bien que le promettant soit tenu, il ne lui en coûte rien, parce qu'il a reçu du stipulant l'équivalent de ce qu'il promet au tiers ; et par suite, dans tous ces cas, je puis contracter en faveur d'autrui ; il suffit que l'émolument à procurer au tiers ait sa cause dans un sacrifice que je fais moi-même, et moi seul ; ex re stipulantis, non ex re promittentis. Mais ce serait faire gratuitement une brèche énorme à la théorie romaine à laquelle les textes osent à peine apporter quelques exceptions, brèche d'autant plus considérable que le plus souvent

(1) Ouv. cité t. II p. 77.

l'engagement du promettant est la conséquence d'une prestation reçue du stipulant ou d'une promesse de celui-ci; ce n'est que dans la minorité des cas que le promettant agira dans une intention de pure libéralité. Nous sommes donc d'avis, avec presque tous les auteurs d'entendre par le fait de ne grever que soi-même, le fait de ne faire entrer personne autre que soi dans le lien de l'obligation. Ce qui explique la solution donnée en matière de paiement.

Nous ne saurions donc accepter l'explication de Molitor, et nous ne croyons pas non plus qu'en dehors d'elle, le texte soit « inexplicable. » Nous sommes loin assurément de voir dans cette loi une « application » de la règle *alteri nemo*, et nous déclarons franchement que nous y voyons une exception à cette règle ⁽¹⁾ exception due, comme l'a indiqué M. Lambert à ce que les Romains se montraient « plus favorables aux contrats qui étaient accompagnés d'un fait matériel, aux conventions qui intervenaient au moment d'une tradition ⁽²⁾ » exception due peut-être aussi à la faveur dont on entourait le *mutuum*.

Venons-en au *commodat* et au dépôt qu'un texte connu, la constitution 8, code III, 42, des empereurs Dioclétien et Maximien, réunit dans une même solution de la question : peuvent-ils se présenter comme

(1) Sauf à ajouter, avec M. Pacchioni qui malheureusement a laissé dans l'ombre ce point : « il trattamento singolare fatto al mutuo con denaro altrui va ricollegato alla organizzazione bancaria romana : solo uno studio che riesca a sviscerare completamente questa potrà gettare piena luce su questo punto » p. 84.

(2) Ouv. cité, p. 113.

contrats en faveur de tiers? A supposer toutefois, ce que nous devons examiner, que cette constitution concerne réellement notre matière; — voici le texte :

« Si res tuas commodavit aut deposuit is cujus precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. Quod si pactus sit, ut tibi restituantur, si quidem ei qui deposuit, successisti jure hereditario, depositi actione uti non prohiberis; si vero nec civili, nec honorario jure ad te hereditas ejus pertinet, intelligis nullam te ex ejus pacto contra quem supplicas actionem, stricto jure habere; utilis autem tibi propter æquitatis rationem dabitur depositi actio. »

Voici le cas considéré :

Titius a déposé chez Caius, ou lui a remis en commodat un objet appartenant à Séius. Séius pourra agir d'abord contre Caius par l'action ad exhibendum ou la revendication. Jusque là pas de difficulté; mais si on suppose que, par un pacte, Titius a stipulé la restitution de l'objet en faveur de Séius, celui-ci aura-t-il contre le dépositaire (ou le commodataire) l'action depositi (ou commodati)? Cette action depositi étant plus avantageuse que les autres et pouvant être exercée contre le dépositaire, même s'il n'est plus en possession de la chose, on voit tout de suite l'intérêt pratique de la question. L'intérêt théorique, pour nous, apparaît aussi immédiatement: la constitution sanctionne-t-elle ici une nouvelle exception à la règle prohibitrice? A cette question, le texte nous répond que, au dehors du cas où il a succédé à Titius, Caius n'a

aucune action *stricto jure*, mais qu'il a une action utile, *propter æquitatis rationem*.

On a rapproché de cette constitution deux autres textes. Le premier semble la confirmer, et le second paraît contredire le premier.

« Si quis rem penes re depositam apud alium deposuerit, tam ipse directam quam is qui apud eum deposuit utilem actionem depositi habere possunt ⁽¹⁾. »

Ce texte est de Paul. Le suivant est d'Africanus ⁽²⁾:

« Si is apud quem rem deposueris, apud alium eam deposuit et ille dolo quid admiserit, ob dolum ejus apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi præstet. »

En réalité, il s'agit d'une espèce différente de la nôtre. Paul, dans le passage cité, accorde au premier déposant une *actio depositi utilis* contre le dépositaire du premier dépositaire. Mais il ne fait aucunement allusion à une stipulation pour autrui ; il ne parle pas de pacte intervenu entre le dépositaire-déposant et le second dépositaire dans le but d'assurer la restitution au premier déposant. L'*actio utilis* dont il parle ne naît pas *ex alieno pacto*. Il se borne à indiquer que dans le cas prévu par lui, on accorde une action utile au premier déposant. Nous pouvons donc nous désintéresser de ce texte et des difficultés qu'il y a de le concilier avec le texte d'Africanus qui paraît

(1) R. S. Pauli, II, 12, 8.

(2) L. 16, D. 16, 3.

donner une solution différente et n'accorder directement de droit au premier déposant que contre le premier dépositaire⁽¹⁾.

Nous restons donc en présence de la constitution de Dioclétien. Cette constitution, Eisele⁽²⁾ la déclare interpolée en deux endroits. Les deux passages suspects à ses yeux sont les mots : « *stricto jure*, » et la phrase « *utilis autem... depositi actio*. » Pour lui, cette opinion se base sur une « ressemblance de facture », entre ces passages et d'autres qu'il déclare interpolés (notamment la loi 7, Code, 5, 14), sur des considérations grammaticales et sur la remarque que les Basiliques (XV, 4, 28, Heimbach, II, p. 178) ne contiennent pas de phrase correspondant aux passages incriminés. Le texte dit en effet :

« *Si vero nec jure civili, nec prætorio ei heres extitisti, nullam actionem adversus eum contra quem supplicas, ex ejusmodi pactis habes.* »

Et le scoliaste ajoute (ibid., p. 179, Schol. 2) ;

« *Propter regulam quæ dicit : per extraneam personam actio adquiritur nemini.* »

Eisele en conclut que les auteurs des Basiliques ont, par la coupure d'une interpolation des compilateurs, rétabli, sur ce point, le droit antérieur. Du moins, c'est à ses yeux, et nous ajouterons, aux nôtres, l'explication la plus vraisemblable qu'on puisse donner. Il reste donc qu'au temps de Dioclétien on n'admettait pas encore d'exception à la règle alteri

(1) V. Glück, Erläut. XV, p. 220-24.

(2) Ouv. cité, VI, 2°.

nemo en matière de dépôt et de commodat, et que Justinien seul introduisit cette exception ⁽¹⁾.

Même pour l'époque justinienne ⁽²⁾, certains auteurs nient que cette exception en soit réellement une, et ont prétendu qu'il y avait là un cas de représentation : l'action utile accordée au propriétaire de l'objet ne serait autre que l'action du déposant à lui accordée utilement, parce qu'on admet qu'il a été représenté par son depositaire dans le deuxième contrat de dépôt. M. Pacchioni, qui est manifestement opposé à l'idée que les Romains connurent le contrat en faveur de tiers, adopte cette opinion. Il se fonde notamment sur l'analogie que notre texte présente avec la loi 13 D, 13, 7, concernant le gage ; mais précisément nous avons cru devoir écarter l'idée de représentation dans cette hypothèse. Il est vrai qu'il y eut en droit romain une tendance à accorder utilement à une personne les actions qu'elle aurait pu se faire céder, en tant que représentée ; et peut-être est-ce dans cette idée qu'il faut chercher la conciliation des deux textes de Paul et d'Africanus dont nous avons fait mention. Mais ne serait-ce pas exagérer l'étendue d'application de cette idée que de la faire intervenir pour expliquer la constitution 8 C. III, 42 ?

Un passage de Maynz semble nous être contraire, et M. Naples le cite à l'appui de la thèse qui se refuse

(1) Contra, Unger, ouv. cité, p. 48. — M. Pacchioni adopte les idées d'Eisele.

(2) Gareis, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, p. 53 et 130. — Pacchioni, ouv. cité, p. 58 et sq.

à voir dans notre constitution, même telle que nous l'a laissée Justinien, une exception à la règle prohibitive. (1) « Dans certains cas, comme la cession du droit constitue une obligation, et que légalement, il est impossible que cette obligation ne soit pas exécutée, on considère le transfert comme ayant été opéré, et l'on permet à la personne en faveur de qui il doit se faire, d'agir comme si réellement il avait eu lieu. Seulement, puisque dans ce cas l'action repose sur une fiction, elle est qualifiée de *actio utilis*. » Mais remarquons bien une chose : à supposer que la concession d'une action (2) au tiers cache une cession forcée d'action, quelle serait donc cette action transférée ? C'est une action ayant pour but de faire restituer l'objet au tiers. Mais cela seul ne suffit-il pas pour prouver que nous n'avons pas là un cas de gestion d'affaires ? « Le stipulant pour autrui, tout en parlant en son propre nom, cherche à obliger directement le promettant envers le tiers ; il n'acquiert pas, comme le gérant d'affaires ordinairement, le droit de réclamer l'objet du contrat, mais le droit d'exiger qu'il soit remis au tiers. » (3) Il paraît donc que si on veut soutenir qu'il y avait dans notre hypothèse, une cession forcée d'action, cette action même qu'on céderait serait une exception non au principe de la non représentation, mais à celui de la non validité des stipulations pour

(1) M. Naples se place d'ailleurs à un point de vue spécial et veut prouver que la règle *alteri nemo* ne s'applique qu'aux stipulations *stricto sensu*.

(2) Je dis « action » et non droit, puisque le droit naît en tous cas dans la personne du tiers.

(3) Champeau, *ouvr. cité*. p. 154.

autrui. C'est ce que M. Naples reconnaît implicitement, puisqu'à ses yeux l'action acquise au déposant (non propriétaire) ne lui est acquise que parce que le pacte ne rentre pas dans les stipulations stricto sensu, les seules, aux yeux de cet auteur, auxquelles doit s'appliquer la règle prohibitive. Si donc nous admettons que cette règle s'applique aux pactes nous devons constater ici une exception. Et une exception radicale, puisque par cession ou autrement, il se trouve que non seulement le contractant a une action pour sanctionner le droit acquis au tiers, mais que ce tiers lui-même en a une.

Peut-être sera-t-on tenté de trouver cette discussion oiseuse et de dire: « du moment que, par quelque filière que ce soit, on concède au tiers une action pour faire valoir son droit, action basée sur le contrat de dépôt, n'a-t-on pas ipso facto un cas de contrat valide en faveur d'un tiers? Nous croyons cependant intéressant de rechercher si l'action qui lui est accordée lui est donnée purement et simplement; ou si elle est comme l'abrégé des deux actions, l'une donnée au propriétaire contre le déposant, et l'autre au déposant contre le dépositaire, surtout lorsqu'on prétend nous faire considérer cette dernière comme étant acquise au déposant en qualité de gérant d'affaires. Pour nous nous ne pensons pas trouver dans le texte une raison suffisante de voir dans l'actio utilis donnée au tiers un résumé de deux actions, et moins encore, d'admettre que le tiers ait été représenté par le déposant et voici

l'explication qui nous semble la plus simple, touchant la constitution 8 Code, III, 42:

Nous avons vu que d'assez bonne heure, il fut permis de « stipuler pour autrui » ⁽¹⁾, en ce sens que le stipulant acquit une action lorsqu'il y avait intérêt; or ici le déposant a bien un intérêt pécuniaire: l'intérêt qu'il a à se mettre à l'abri des poursuites du propriétaire. Rien d'étonnant donc à ce qu'on lui ait, dès l'époque de Dioclétien, concédé une action pour assurer la restitution de l'objet au tiers, sans qu'il ait pour cela à se considérer comme le représentant de celui-ci. Plus tard, sous Justinien, on voulut simplifier, comme c'était assez l'habitude des compilateurs, et l'on trouva naturel d'accorder une action au tiers lui-même. C'est ainsi, que sans peut-être dégager nettement le concept logique du contrat en faveur de tiers (ceci, nous l'accordons volontiers à M. Pacchioni), les juriconsultes romains furent amenés lentement, il est vrai, mais forcément à en reconnaître des applications. Ce fut le besoin de simplicité, ce fut l'utilité pratique qui les amenèrent là, et qui firent peu à peu brèche à l'idée de personnalité des contrats.

Il nous reste à dire un mot d'une conception originale, à laquelle M. Champeau ⁽²⁾ consacre quelques lignes, et d'après laquelle « le dépositaire ou commodataire

(1) Nous rappelons que pour nous le mot „stipuler” a toujours le sens large, et comme équivalent à „contracter”. Quand nous parlons de stipulation pour autrui „stricto sensu”, c'est au point de vue des effets, que nous considérons alors comme limités aux parties contractantes.

(2) Ouv. cité. p. 157.

serait le gérant d'affaires du tiers auquel il doit remettre l'objet. » Avec Windscheid ⁽¹⁾, l'auteur reconnaît l'étrangeté de cette idée, qui ferait du débiteur le représentant du créancier, et il remarque de plus que « tel n'a pas été en tout cas le point de vue romain, puisque, au cas de dépôt, les textes donnent au tiers bénéficiaire du contrat, non pas l'action negotiorum gestorum, mais l'action même du contrat à titre utile. » Sans doute, dans l'hypothèse déjà vue de la loi 6 § 2 D. de neg. gestorum, nous avons trouvé un débiteur représentant un créancier; mais il n'y a pas identité d'éléments dans les deux cas, puisque, ⁽²⁾ en dehors du contrat proprement dit, le voiturier a effectué le transport, et c'est en cela surtout que consiste la gestion d'affaires. ⁽³⁾

§ 5. CONSIGNATIO IN PUBLICUM. — Avant de quitter la matière du contrat de dépôt, nous devons examiner encore une hypothèse spéciale contenue dans la constitution 19, Code, IV, 32, due à Dioclétien et Maximien : Voici cette constitution : « Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem offer ac, si non suscipiat, consignatam in publico depone, ut cursus usurarum legitimarum inhibeatur.

§ 1. In hoc autem casu, publicum intelligi oportet, vel sacratissimas ædes, vel ubi competens iudex super ea re aditus deponi eas disposuerit.

(1) Pandekt, § 316 n° 2, note 7 a.

(2) V. Eisele, ouv. cité, VI, 1°; Massa, id, n° 53; Tronche-Macaire, p. 70 Lambert, p. 130; Champeau, p. 161; Pacchioni, p. 41.

(3) Champeau, id, p. 157, note 2.

§ 2. Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur, et jus pignorum tollitur, cum Serviana etiam actio manifeste declarat pignoris inhiberi persecutionem, vel solutis pecuniis, vel si per creditorem steterit quominus solvatur.

§ 3. Quod etiam in trajecticiis servare oportet.

§ 4. Creditori silicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed vel contra depositarium, vel ipsa competente pecunias.⁽¹⁾ »

Le romaniste allemand Kohler, au sujet de cette constitution, et principalement de son § IV, déclare que Dioclétien et son collègue à l'empire ont grandement mérité de la théorie du contrat en faveur de tiers. Pour que cet éloge soit attribué à bon droit aux deux souverains il ne suffirait peut-être pas de prouver que la constitution leur est bien due dans son entier ; mais leur droit de paternité sur elle est lui même contesté ; car bien qu'Eisele n'ait pas signalé la constitution 19 C. IV, 32, comme entachée d'interpolation, et que la plupart des autres auteurs la considèrent comme purement dioclétienne, M. Pacchioni n'hésite pas à incriminer précisément son quatrième paragraphe, qui accorde au créancier une action utile (actione utili... vel contra depositarium, vel ipas competente pecunias.) Sur ce point, nous croyons devoir nous rallier à son opinion. Nous y sommes

(1) Kohler, *Annahme und Annahmeverzug* (Jahrb. f. die Dogmatik N. 7. V) ; Unger, *ouv. cité*, p. 49 et sq ; Ehrenzweig, *id*, p. 68 note 21 ; Pacchioni, *id*, p. 70 ; Gareis *die Verrage zu Gunsten Dritter*, p. 213

conduits d'abord par cette considération que nous avons admis l'interpolation de la constitution 8, Code, III, 42 ; car l'hypothèse contenue dans ce texte était plus propre à justifier une exception à la règle *alteri nemo* que celle envisagée dans notre constitution 19, Code, IV, 32. En effet dans celle-là le déposant avait expressément stipulé la restitution en faveur du dominus rei, tiers bénéficiaire ; ici il n'en est rien. De plus, le § IV qui nous occupe, n'est relié que d'une manière factice aux trois autres ; on peut le supprimer sans que la constitution semble être entamée. Quel est en effet le but de la constitution, tel qu'il résulte des trois premiers paragraphes ? C'est le suivant : déterminer les caractères de la *depositio* (qui doit être faite dans les *sacratissimæ ædes*, *vel ubi competens iudex... disposuerit*) et les conséquences de cette *depositio* dans les rapports du débiteur et du créancier (libération de la prestation des intérêts, libération des risques, extinction du droit de gage). Dans le § IV seulement, nous voyons apparaître la question des rapports entre le dépositaire et le créancier. Ajoutons que la langue dans laquelle il est rédigé nous paraît bien suspecte. Outre que nous y voyons figurer le verbe *competere*, cher aux compilateurs, toute la phrase lourde et confuse, donne bien, par son allure, l'impression d'une surcharge faite après coup, par une main autre que celle à qui le contexte est dû. (1) Remarquons enfin que le très court § III, déclarant que la solution donnée

(1) Remarquons aussi l'ablatif absolu qui régit toute la phrase et les mots : « *nisi eas receperit* » ; « *contra ipsas pecunias competens* ».

par le § II doit s'appliquer « aussi » aux pecuniæ trajectitiæ, a manifestement l'air d'une de ces dispositions finales, qui clôturent un texte législatif. Pour toutes ces raisons, nous sommes très portés à attribuer le § IV aux compilateurs de Justinien.

Il s'agit maintenant de déterminer le sens exact de l'interpolation. Devons-nous enregistrer une exception à la règle alteri nemo ?

Plusieurs auteurs ⁽¹⁾ n'ont vu dans notre constitution qu'une hypothèse de représentation. Mais c'est là une opinion peu défendable. Dans l'hypothèse du § IV, interprétée par l'idée de représentation, nous aurions non seulement un cas de représentation prohibitive domino, mais une représentation qui ne produirait ses effets qu'à condition que le représentant persévérât dans sa volonté de représenter. Il est bien évident que dans le dépôt judiciaire, le déposant n'entend représenter que ses propres intérêts ; dans la plupart des cas, l'intérêt du créancier lui sera profondément indifférent.

Sommes-nous donc réellement en présence d'un contrat valable en faveur de tiers ? Gareis l'admet, mais seulement en tant que la volonté des parties a été dirigée en ce sens ⁽²⁾. Kohler ⁽³⁾ interprète aussi la constitution comme reconnaissant l'existence d'un contrat en faveur de tiers. Mais une considération qui fait rejeter l'idée de représentation vient aussi faire

(1) Notamment Schmid, *Cession*, I, p. 442 et sq. Id. Koch, *das Recht der Forderungen*, t. II, p. 672.

(2) *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, p. 213.

(3) *Ouv. cité*, p. 317.

échec à l'idée de contrat en faveur de tiers : c'est cette considération, que le déposant n'a sans doute pas eu l'intention de prendre en main l'intérêt du créancier. Nous ne le voyons en tout cas manifester aucunement cette intention. En déposant comme le dit très bien Unger (1), il agit dans son propre intérêt ; rien de plus. Il ne veut que se débarrasser ; il ne stipule rien en faveur du créancier. Au reste l'action accordée à ce dernier ne paraît pas basée sur le contrat de dépôt (2) : d'abord cette action est soumise à la condition que le déposant lui-même n'ait pas déjà demandé restitution du dépôt (*nisi forte eas receperit*) ; ensuite l'action donnée *contra ipsas pecunias* est par sa nature même exorbitante des limites d'une action née d'un contrat : c'est une action réelle. Une action est accordée au tiers, c'est vrai, ce tiers est resté étranger en contrat de dépôt, c'est vrai encore ; nous aurions donc les éléments d'un contrat valide en faveur de tiers, à une condition : c'est que cette action naquit de ce contrat. Or il n'en est pas ainsi ; nous devons donc renoncer à compter une exception de plus à la règle prohibitive.

Mais alors quelle interprétation faut-il donner à notre constitution ? Remarquons que si nous n'avions à choisir qu'entre ces deux idées ; représentation et contrat en faveur de tiers, malgré les objections élevées contre la seconde interprétation, ce serait peut-être

(1) Ouv. cité p. 49 et 50.

(2) Pacchioni, id. p. 74 et. sq.

la plus acceptable des deux. Il est vraisemblable que notre § IV n'a été introduit qu'en corrélation avec l'idée de l'institution du dépôt judiciaire, que les compilateurs voulurent modifier (1). Le droit classique en effet ne considérait pas le dépôt in publico comme un mode d'extinction de l'obligation, mais comme un moyen d'empêcher certains effets de celle-ci de se produire en cas de mort du créancier. Le débiteur, en déposant, ne perdait pas le droit de disposer de l'objet de sa dette (nisi eas receperit) ; le dépôt ne servait qu'à attester qu'il avait été prêt à exécuter son obligation. Mais à ce système, on peut, logiquement, en opposer un autre, consistant à libérer le débiteur qui déposait, et à renvoyer le créancier au dépositaire : c'est ce point de vue nouveau qui a du inspirer le § IV de notre constitution, mais sans triompher entièrement de l'ancien. « Le nisi eas receperit ...reste dans la constitution pour attester le mariage malheureux opéré entre les principes du droit classique, et la nouvelle idée accueillie par les compilateurs ». Telle est du moins l'interprétation qui semble se présenter comme la plus rationnelle au sujet de la constitution 19, Code, IV, 32.

§ 6. CLAUSES ACCESSOIRES A UNE CONSTITUTION DE DOT. Nous avons vu déjà qu'en matière de constitution de dot, la faveur accordée à cette institution avait induit les Romains à élargir les règles générales en tant qu'elles devaient s'y appliquer. Il arrivait souvent

(1) Pacchioni, ouv. cité, p. 76-77.

que le constituant, envisageant le dénouement du mariage, stipulait par cette éventualité la restitution de la dot à son profit ou à celui d'un tiers. Des textes semblent nous dire que dans le second cas, le tiers n'acquerrait aucune action. Ainsi, dans la loi 26, § 4 Dig. de pact. dot. 23, 4, Papinien nous parle d'un pacte conclu par une femme en se constituant une dot, dans le but d'assurer la restitution de la dot à sa propre mère, au cas où elle même viendrait à mourir la première sine liberis, et le grand jurisconsulte conclut : « pacto filiae nulla matri quæritur actio ».

Une espèce analogue est traitée de même dans la constitution 19, Code, 5, 12. On peut citer encore la const. 26 C., 5, 12, ainsi conçue, et due aux empereurs Dioclétien et Maximien : « Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus est, nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente jure, quærere potuit actionem ⁽¹⁾ » La solution est très nettement donnée dans le sens de l'absolu maintien de la règle alteri nemo. On pourrait toujours, il est vrai, faire intervenir le tiers dans la constitution de dot, et lui faire personnellement stipuler du mari la restitution. Ceci résulte avec évidence de la loi 29 § 2, Dig. 23, 4, empruntée à Scœvola :

« Mulier de dote quam dedit pacta est, ut, si in matrimonio decssisset, fratris ejus redderetur : *isque in eum casum stipulatus est* : mulier decedens, quasdam res dotales marito legavit, et aliis, quosdam ex servis dota-

(1) Cette constitution est datée du 6 des Kalendes de janvier 294 ; la const. 7 de pact. conv. 5, 14, que nous verrons plus loin, est du 14 du même mois.

libus manumisit. Quæsitum est an maritus earum nomine quas legavit mulier, et servorum quos manumisit, fratri tenetur? Respondi nihil proponi cur non teneretur, cum et jam heredes defunctæ tam legatariis quam libertatibus obnoxii sint ».

On cite d'autres textes dans le même sens (voyez par exemple la constitution 19, Code, 5, 12) ; et de tous résulte que dans le cas seulement où le tiers était intervenu au contrat, il acquérait une action. Et cependant un texte de Paul, assez long, et qui constitue la loi 45, Digeste, de sol. matrim. 24, 3 a été mis en avant comme donnant une solution contraire ; texte que vient renforcer une constitution de Dioclétien et Maximien, la constitution 7, Code, de pact. conv., 5, 14, édictée quelques jours à peine après la constitution 26, C, 5, 12, dont nous avons cité les termes plus haut. Nous devons rechercher la conciliation de ces fragments au premier abord contradictoires.

La loi 45 D. 24, 3 est ainsi conçue :

« Gaïs Seïus avus maternus Seiæ nepti, quæ erat in patria potestate, certam pecuniæ quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit et instrumento dotali hujusmodi pactum et stipulationem complexus est. « Si inter Lucium Titium maritum et Seiam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Seiæ uxori vel Gaio Seio avo materno redderetur restituereturque. » Quæro cum Seïus avus maternus statim vita defunctus sit et Seia postea sine culpa sua divorterit, vivo patre suo, in cujus potestate est, an et cui actio ex hoc pacto et stipulatione competat et utrum heredi avi ma-

terni? ex stipulatione, an nepti. Respondi in personam quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam, quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur : quod cum ita est, heredi stipulatoris, quandoque divorterit mulier actio competere videtur, sed dicendum est Seiaē posse dotem solvi (quamvis actio ei directo non competat), ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset, sed permittendum est nepti ex hac avita conventionē, ne commodo dotis defrudetur, utilem actionem : favore enim nuptiarum et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est. »

Dans ce texte, Paul suppose que l'aïeul maternel d'une femme, Seia, lui a constitué à titre de dot une certaine somme, stipulant en outre que si les époux venaient à divorcer sine culpa mulieris, la dot devrait revenir à Seia ou au constituant lui-même. — L'aïeul meurt ; le divorce se produit sans la faute de la femme ; celle-ci étant in potestate de son père, qui aura le droit de prétendre à la restitution de la dot ? Seia, ou les héritiers de l'aïeul décédé ? Ceux-ci seuls, nous dit Paul, puisque « in personam neptis » videtur « inutiliter stipulationem esse conceptam. » Jusque là tout s'accorde avec nos précédentes citations ; mais le jurisconsulte ajoute que Seia pourra être considérée comme adjecta solutionis causa (ac si sibi aut illi...) et même qu'elle pourra avoir une action utile.

De ces deux restrictions, la seconde, la plus grave, celle qui accorde une action utile à Seia est presque certainement due aux commissaires de Justinien. La phrase qui la contient apparaît manifestement comme

surajoutée au contexte. Après avoir affirmé que Seia n'a aucune action née en sa personne (*inutiliter stipulationem esse conceptam*), Paul ajouterait-il aussitôt qu'elle a une action utile? Tout au moins faudrait-il que dans la première partie du fragment, il ait inséré les mots : « *stricto jure* ⁽¹⁾ » ou quelque expression analogue. De plus la construction grammaticale du passage démontre avec évidence qu'il y a eu retouche : les deux « *sed* » successifs ne s'expliqueraient pas autrement, même sous la plume d'un écrivain négligent, ce qui n'est pas le cas de Paul. De plus toute la dernière phrase est embarrassée et lourde. Au reste on ne trouve guère d'auteur défendant la classicité de cette partie du texte, dont Favre, le premier, a dénoncé le caractère suspect. ⁽²⁾

Il nous reste qu'au temps de Paul, dans l'hypothèse indiquée par lui, on n'accordait pas d'action à Seia, sauf à la considérer comme *adjecta solutionis causa*. M. Pacchioni voit même une interpolation dans le passage qui contient cette demi-restriction. Nous hésitons à le suivre jusque là. Il est vrai que dans la stipulation le nom de Seia vient en premier lieu ce qui semble ne pas bien concorder avec l'idée de l'*adjectio solutionis causa* ; mais nous avons vu que d'assez bonne heure, l'*adjectio* fut employée comme succédané du contrat en faveur de tiers : ce serait ici le fond qui

(1) Il y a bien le mot « *directo* » dans l'avant-dernière phrase ; mais précisément ce mot est déjà dans une phrase restrictive, et de plus il est probablement lui-même interpolé, car il est employé assez mal à propos.

(2) *Conjecturarum*, XIX, c. 19.

aurait emporté la forme, et comme en réalité la stipulation était faite dans l'intérêt de Seia, le stipulant aurait été amené à faire figurer son nom avant le sien propre. Le même auteur ajoute que l'expédient employé ne pouvait être d'une grande utilité, et que ce procédé peu heureux ne doit pas être attribué à un jurisconsulte classique de la valeur de Paul. Mais bien avant Paul, nous l'avons vu, le droit classique avait étendu l'emploi de l'*adjectio* précisément à des cas où elle palliait en partie les inconvénients de la règle *alteri nemo*. Toutefois nous ne prétendons pas que la restriction concernant l'*adjectio* soit indiscutablement de Paul ; il nous semble seulement qu'il y a une probabilité en ce sens. Quant à la seconde restriction, elle est évidemment, nous l'avons dit, le résultat d'une interpolation.

Mais est-ce à dire que dans l'hypothèse prévue à notre texte, une action ne fut accordée au tiers que par Justinien ? Pour trancher cette question il faut examiner la constitution de Dioclétien, dont voici le contenu :

« *Pater pro filia dotem datam genero, ea prius in matrimonio defuncta, nepotibus pactus restitui, licet his actionem quærere non potuit, tamen utilis eis ex æquitate accomodabitur actio.* »

Ce texte accorde une action au tiers. Faut-il donc dire que cette exception à la règle *alteri nemo* fut introduite par Dioclétien ? Il le faudrait, si la constitution n'était pas interpolée elle-même, et il est très probable qu'elle

l'est ; Favre, Krüger, ⁽¹⁾ et Pacchioni sont d'accord là-dessus. On voit bien en effet par les mots : « licet... non potuit, tamen... accomodabitur actio », que les compilateurs du code ont introduit ici l'actio utilis, novi juris constituendi gratia.

La constitution primitive doit être lue ainsi : « Pater pro filia dotem datam genero, ea prius in matrimonio defuncta, nepotibus pactus restitui, his actionem quæ-rere non potuit. »

Dioclétien maintenait donc la même solution que Paul. Il ne faut pas s'étonner d'ailleurs qu'il ne parle pas de l'expédient de l'adjectio, puisque dans l'hypothèse qu'il envisage, le pacte n'a été fait qu'en faveur des petits enfants seuls.

En conséquence il nous apparaît comme évident que l'action utile dont parle la loi 45 D. 24,3 et la constitution 7, C., 5, 14, ne fut accordée au tiers que par le droit de Justinien. Quant au motif de cette innovation, les textes nous le révèlent : « ex æquitate » dit le second ; « favore nuptiarum et maxime propter affectionem personarum », a dit le premier. Favore nuptiarum : car on constituera plus facilement une dot, si l'on peut, après la mort de la femme, la faire revenir à telle autre personne de la famille que l'on aura voulu ; et propter affectionem personarum, car dans les exemples cités, il s'agit d'un grand père s'intéressant à ses petits-enfants, et le sentiment d'affection qui le fait agir est

(1) Codex Justinianus, nota 2 sur la const. 7 C. 5, 14. D'après Krüger, Thaleus témoigne que ce sont les compilateurs du code qui ont ajouté « tamen... actio » et cela « contra jus antiquum ».

reconnu par Justinien comme un motif suffisant pour justifier une dérogation, aux règles juridiques ordinaires. De cette observation, nous devons déduire une conséquence importante : c'est qu'il ne faut pas étendre la solution des deux textes précités à tous les cas de conventions de restitution de dot. Seuls pourront profiter de ces conventions la femme elle-même ou ses futurs enfants (en tant que tiers). Mais la fille, ne peut, en se mariant, stipuler valablement la restitution de sa dot en faveur de sa mère⁽¹⁾ ; c'est qu'ici la stipulation n'intéresse plus guère la *favor nuptiarum*. Il y a une raison d'ordre public à ce que la dot retourne à la femme : « *Respublica interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possunt.* »⁽²⁾ Il y en a une aussi à ce que les enfants puissent, à défaut de la mère la récupérer : car on pense qu'ainsi l'aïeul se dépouillera plus volontiers ; il n'y en a point à ce que la dot retourne à la mère ou à tout autre mandant. C'est ce qui nous explique la solution de la loi 26 § 4 D. 23, 4. L'exception que nous devons reconnaître à la règle *alteri nemo est* donc limitée et c'est à tort que Windscheid⁽³⁾ fait abstraction de la qualité d'ascendant dans la personne du constituant. Mais quel que soit le motif de l'exception, quelque restreint que soit le champ de son application, l'exception existe. Il est seulement à peu près certain qu'elle ne fut introduite que

(1) Papinien, l. 26 § 4, D., de pact. dot. 23, 4.

(2) L. 2, D. de jure dotium, 23, 3.

(3) Lehrbuch, § 316 b. et note 6.

postérieurement à Dioclétien, et probablement à l'époque justinienne.

§ 7. DONATION MODALE ⁽¹⁾. — Un des cas qui sont considérés comme offrant le plus sûrement une exception à la règle prohibitive du contrat en faveur de tiers, se trouve contenu dans la constitution 3, C., de donat quæ sub modo, 8,54, datée de l'année 290 et due encore aux empereurs Dioclétien et Maximien.

« Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum sit alii restituatur, veteris juris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur stipulatus non sit, placiti fidem non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit, vel heredibus ejus condicticiæ actionis persecutionem competere. Sed eum postea, benigna juris interpretatione, divi principes, ei qui stipulatus non sit utilem actionem juxtà donatoris voluntatem competere admiserint, actio, quæ sorori tuæ, si in rebus humanis ageret, competeat, tibi accomodabitur. »

On voit que Dioclétien, dans cette constitution, ne paraît pas vouloir innover, et qu'il se réfère à des décisions d'empereurs antérieurs. Il n'y aurait d'ailleurs rien d'étonnant a priori à ce que l'exception contenue dans cette constitution soit l'une des plus anciennement admises : il n'en doit rien coûter au promettant d'exécuter l'obligation, puisqu'il ne fait que rendre tout ou partie de ce qu'il a reçu à titre gratuit : les cir-

(1) Eisele, ouv. cité, VI, 4^e ; Massa, id. 54 ; Tronche-Macaire, id. p. 72 ; Lambert, id. p. 131 ; Champeau, id. p. 166 ; Pacchioni, id. p. 60 ; Maynz, t. II p.

constances étaient donc favorables à la reconnaissance du droit du tiers.

Ce texte, que M. Champeau déclare ⁽¹⁾ « d'une authenticité incontestée » n'en est pas moins suspecté par M. Pacchioni ⁽²⁾. La main des compilateurs s'y trahit, dit-il, d'après Favre ⁽³⁾ en ce qu'il y est dit qu'une *actio utilis* compète au tiers, « *quum actio quæ competit, nunquam possit esse utilis, sed semper sit directa* ». Ajoutons que d'après M. Henri Appleton ⁽⁴⁾, le verbe *competere* employé pour *actionem dare* est fréquemment le signe d'une retouche de compilateurs. De plus la comparaison du texte tel que le Code nous le donne, avec le texte (incomplet) contenu dans les *Fragmenta Vaticana*, § 286, vient à l'appui de l'opinion de l'auteur italien. Eisele insiste sur le remplacement des mots : *impleta*, — *competere*, — *competebat*, par : *servata*, *decernendam esse*, — et *potuit decerni* ⁽⁵⁾. De la confrontation des deux textes, il résulte que la *benigna juris interpretatio* des empereurs, confirmée par Dioclétien n'eut pour but que de permettre au magistrat de concéder (*decernendam esse admiserint*) une action utile, lorsque cela semblait juste, et non pas d'accorder en principe une action au tiers.

Une *donatio sub modo* dont le *modus* a été stipulé en faveur du donateur est sanctionnée normalement

(1) Ouv. cité, p. 166.

(2) id. p. 61 et sq.

(3) *Conjecturarum*, XIX. c. 19.

(4) Ouv. cité, p. 32.

(5) Après ce dernier mot, Mommsen propose la restitution de la phrase :
« *si quæ proponis vera sunt.* »

par une *condictio* et une *actio præscriptis verbis*, et, si le contenu du *modus* est une prestation d'aliments, par une *utilis revendicatio*. Si le *modus* était stipulé en faveur d'une autre personne, le droit classique accordait au donateur la *condictio*, et le droit postclassique l'*actio præscriptis verbis*, lorsqu'il fut admis que la *stipulatio alteri* pouvait valoir comme *stipulatio incerti* en faveur du stipulant. Mais la ressource était insuffisante, en cas d'absence ou d'empêchement du donateur; au cas aussi où ses héritiers par paresse ou autrement, se refuseraient à agir contre le donataire; celui-ci pouvait donc arriver à s'enrichir contre la volonté du donateur. Il est probable que c'est pour parer à cet inconvénient que les empereurs antérieurs à Dioclétien et Dioclétien lui-même permirent d'accorder au tiers, *cognita causa*, une action contre le donataire, *juxta voluntatem donantis*. Quelle action? Une action *causa data causa non secuta*, comme le voulait Exleben ⁽¹⁾? Une action *præscriptis verbis*, présumée cédée par le donateur, comme le pensait Meyerfeld? ⁽²⁾ Ni l'une ni l'autre, probablement: ni l'action *causa data causa non secuta*, car il n'est pas prouvé que le donateur ait entendu subordonner l'existence de la donation à l'exécution du *modus*; ni l'action *præscriptis verbis*, que le donateur n'a pas toujours et qui ne tend, quand il l'a, qu'à lui faire obtenir le

(1) *Condictio sine causa*, p. 300-310.

(2) *Die Lehre von den Schenkungen*, p. 422.

montant de son intérêt pécuniaire⁽¹⁾. Il s'agit donc d'une action spéciale, propre au tiers.

Et maintenant, dans la concession de cette action utile, faut-il voir une exception à la règle *alteri nemo*?

M. Pacchioni s'y refuse, en se fondant sur ce que les empereurs ne voulurent accorder l'action au tiers que *causa cognita*, et non par voie de principe. L'action était accordée au tiers sur le fondement de la volonté du donateur (*juxta voluntatem donantis*) mais *ex decreto magistratus, ope legis*. Et pourtant au fond, nous voyons bien là une action acquise à un tiers, et qu'il n'aurait jamais eue sans la donation et la stipulation qui y est faite du *modus*. Sans doute cette action ne lui appartiendra pas toujours ; mais si elle doit lui être donnée toutes les fois qu'il en aura besoin, qu'est ce que cela prouve ? La seule conséquence qui nous semble devoir résulter incontestablement de l'observation de l'auteur italien, c'est que la règle *alteri nemo* avait une grande force de résistance, et que les Romains s'attachaient à ne la contredire que dans la mesure strictement nécessaire au jeu de la vie juridique qui se développait. « C'est l'honneur de la jurisprudence ancienne, dit Ihering, d'avoir cherché à adapter la loi aux besoins de la vie et aux exigences de l'époque⁽²⁾. » Il est certain toutefois que l'expression « *juxta voluntatem donatis* » laisse flotter un certain

(1) V. Savigny, *Droit romain*, t. IV, p. 284 et. sq. ; Windscheid, *Voraussetzung*, p. 174 ; Unger : *Jahrb für Dogm.*, 1869 p. 33, Accarias ; t. I. n° 306.

(2) Ouv. cité. p. 151.

vague, et que l'exception ne fut introduite qu'avec une visible timidité.

Considérons maintenant la constitution telle que nous l'a laissée Justinien et telle que nous l'avons citée au début de ce paragraphe.

Tout d'abord, précisons l'hypothèse. Dioclétien s'adresse à une certaine Julia Marcella et dans la dernière phrase lui parle de sa sœur. Or cette sœur est elle, comme le disent certains auteurs, la donatrice même, Julia Marcella étant le tiers bénéficiaire? Ou bien la sœur de Julia est-elle ce tiers, Julia Marcella n'étant que son héritière et n'ayant l'action qu'en cette qualité? M. Pacchioni prouve très bien qu'il faut accepter la seconde interprétation: il y est conduit par le contraste qui existe entre la première et la seconde partie du texte. « Ce contraste consiste, dit-il (1), évidemment en ceci: pendant que le droit antique n'accordait pas d'action au tiers, nisi stipulatus esset, le droit nouveau admettait qu'on pouvait lui en attribuer une. Or, l'application de ce nouveau droit qu'on fait dans la constitution à Julia Marcella est subordonnée à l'application qu'on en aurait pu faire à sa sœur; mais si celle-ci avait été la donatrice elle n'aurait pas eu besoin du secours de la *benigna interpretatio* pour avoir l'action..... elle aurait eu l'action *jure antiquo*. Il en résulte que si l'action qu'on accorde à Julia Marcella, est la même que celle qui avait appartenu à sa sœur, et si celle-ci était l'*actio utilis*, évi-

(1) Ouv. cité p. 64.

demment la sœur n'était pas la donatrice, mais la tierce personne considérée dans la donation. »

Il est vrai que le texte dit que l'action sera « accommodée » à Julia Marcella. Or si elle figurait ici comme héritière de sa sœur, l'action de celle-ci lui appartiendrait, *jure hereditario*. — Mais rappelons nous que la constitution a été remaniée. Originellement elle n'attribuait au tiers (et par conséquent à son héritier), que la possibilité d'obtenir une action *ex decreto magistratus*. — L'héritier pouvait donc seulement demander qu'on lui accommodât l'action qui aurait pu être décernée à son auteur. Le droit de Justinien transforma le droit éventuel du tiers en un droit ferme ; les conséquences de la réforme n'ont pas trouvé dans le remaniement de la constitution leur complet développement ; la forme n'est pas parfaitement adéquate à l'idée, mais ce manque d'harmonie ne prouve que la rapidité de la rédaction sous la plume des compilateurs.

Il s'agit donc, à l'époque de Justinien, d'une action accordée au bénéficiaire du *modus* pour en réclamer l'exécution, dans les termes suivants : « *cum.... divi principes, ei qui stipulatus non sit, utilem actionem competere admiserint.* » — l'expression « *actio tibi accommodabitur* » concernant l'attribution de l'action à l'héritière du tiers bénéficiaire. Quelle est la portée de l'innovation justinienne ?

D'après Savigny, l'action accordée à la sœur de Julia (et *jure hereditario* à celle-ci même), lui serait accor-

dée, ensuite d'une évolution dont nous avons parlé, ⁽¹⁾ et qui après avoir amené les Romains à admettre le fidéicommis dans la donation mortis causa, les auraient conduits à traiter de même la donation sub modo en faveur d'un tiers. Tout au moins ce fut une raison d'analogie qui amena la reconnaissance du droit du tiers ; et remarquons à ce sujet que primitivement les fidéicommis eux mêmes n'étaient reconnus qu'avec une limitation, comme la donation avec charge dans la constitution de Dioclétien, cognita causa. Mais après avoir tourné le principe, on le mit de côté, et dans la constitution telle que l'a laissée Justinien, on constate sans difficulté l'existence d'une exception à la règle alteri nemo.

Seulement, il faut avoir soin, cette fois encore, de ne pas exagérer la portée de cette exception. C'est ce qu'à fait Windscheid ⁽²⁾, en étendant la décision de la constitution à tous les cas où une charge quelconque a été imposée au donataire en faveur d'un tiers. Sans doute, en matière de fidéicommis, on n'admit tout d'abord la validité de la charge qu'autant qu'elle avait pour objet la restitution totale ou partielle du legs, ⁽³⁾ puis l'on en vint à la valider même si son objet était différent de celui du legs ⁽⁴⁾. Mais ici la constitution nous dit seulement : « quotiens donatio ita conficitur ut... id *quod donatum est* restituatur ». C'est à dire

(1) V. Lambert, ouv. cité, p. 87 sq.

(2) Die Lehre des rom. Rechts des Voraussetzung, p. 154.

(3) L. 96 § 4, D. de Legatis, l. 30, 1° ; L. 88 § 12 D. de legatis, l. 31, 2.

(4) L. 24 § 12 D., de fideic. lib. 40, 5 ; Gaius, Comm. II § 261-264.

que l'objet donné, en tout, ou (a fortiori nous semble-t-il) en partie, mais l'objet donné seul, doit être remis au tiers bénéficiaire. Comme Windscheid, Unger veut assimiler entièrement le cas de la *donatio sub modo* au cas de fidéicommiss ; mais il ne justifie pas suffisamment cette prétention. Ce n'est pas en effet une raison convaincante que de dire qu'on peut faire par un contrat ce qu'on peut faire au moyen d'un legs parce qu'il n'existe pas de motif juridique de traiter diversement ces deux institutions. Même en admettant cette similitude, n'avons nous pas remarqué qu'en matière de fidéicommiss, il y a eu une évolution ? Quoi d'étonnant à ce que cette même évolution, commencée plus tard en matière contractuelle, ne fût pas encore arrivée à son terme à l'époque justinienne ?

En matière de *donatio sub modo*, nous pouvons donc conclure que, dès l'époque de Dioclétien, perçait une exception à la règle *alteri nemo*, exception encore mal définie, si l'on veut, et comme un peu ambiguë. En supprimant la *causæ cognitio*, les compilateurs en firent une exception nettement caractérisée. Il est bien possible que cette suppression ait été due, moins au désir d'introduire l'exception qu'à la tendance des compilateurs à supprimer en général la *causæ cognitio*, il est possible qu'ils n'aient pas eu entièrement conscience de leur œuvre. Mais qu'importe ? Cela prouve une fois de plus que le droit se développe et se réalise à l'insu même du législateur qui croit le faire : nous constatons une fois de plus un « point d'irruption » du contrat en faveur de tiers, dans le terrain, hostile

pourtant, de la législation romaine. En vain dira-t-on que rien ne prouve dans le texte que les compilateurs aient voulu introduire un droit nouveau, « une réforme qui certainement n'avait pas passé par l'esprit des divi principes » (1). D'abord il n'est pas établi que les empereurs n'aient en effet pas voulu introduire (timidement, je le veux bien) une exception ; puis lors même que l'idée en effet ne leur en aurait pas passé par l'esprit, pourquoi les compilateurs, interprétant un texte douteux avec leurs propres conceptions, n'auraient-ils pas prêté cette idée à Dioclétien et à ses prédécesseurs ? Et enfin, est-ce sans intention que les compilateurs ont remplacé « decernendamesse » par « competere, » et « potuit decerni » par « compe-tebat ». Nous devons donc finalement enregistrer une exception à la règle alteri nemo.

§ 8. — Nous avons réservé pour la fin de notre étude, l'examen d'une hypothèse dans laquelle certains auteurs voient une exception manifeste (ainsi, M. Lambert) (2), tandis que d'autres (tel, M. Pacchioni) (3) ne semblent pas avoir cru que la chose valût d'être discutée, tant l'opinion contraire est évidente à leurs yeux. C'est le cas de paiement de la dette d'autrui.

Gaius nous dit très nettement (I. 39, D. de n. g., 3, 5) :

« Solvendo quisque pro alio, licet invito, et ignorante, liberat eum : ... naturalis enim, simul et civilis

(1) Pacchioni, ouv. cité, p. 69.

(2) Ouv. cité, p. 106.

(3) id, p. 77.

ratio suasit, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis, et inviti nos facere posse, deteriore non posse. »

Le jurisconsulte justifie donc la solution qu'il donne par le principe qu'on peut rendre la condition d'autrui meilleure, principe qui est impuissant à valider le contrat en faveur de tiers, car ici, on ne rend la condition d'une personne meilleure qu'en rendant pire celle d'une autre personne. Dans le cas de paiement, au contraire, une obligation disparaît sans qu'aucune autre prenne sa place. Etant donnée la faveur avec laquelle les Romains considéraient l'extinction des obligations, la solution de Gaius paraîtra toute naturelle. Ajoutons que le paiement étant un acte unilatéral, auquel la volonté du créancier ne concourt pas, non seulement cette solution est naturelle, mais elle ne saurait être considérée comme une exception à la règle prohibitive. Peu importe que le paiement de la dette d'autrui soit libératoire, que même il attribue au débiteur le droit d'agir contre le créancier, pour obtenir par exemple, la restitution de l'objet donné en gage. La règle *alteri nemo est* faite pour les contrats, et nous sommes hors du domaine contractuel.

Mais, comme le fait remarquer M. Lambert, la solution admise pour le paiement s'étendit à la *datio in solutum* (cons. 17, Code, de *solutionibus*, VIII, 43) et à l'*expromissio* (l. 72, § 2, D. de *solutionibus*, 46, 3). Nous sommes bien cette fois forcés de reconnaître dans ces opérations l'existence de contrats passés dans l'intérêt d'un tiers.

Sans doute le motif qui fait admettre la validité de la *datio* et de l'*expromissio* dans de pareilles circonstances n'est pas difficile à trouver. Cette fois encore on rendait meilleure la condition d'un tiers sans empirer celle d'autrui. Il y avait bien naissance d'une obligation nouvelle à la place de l'obligation éteinte, mais le nombre total des obligations ne se trouvait pas augmenté, et de plus l'obligation nouvelle naissait à la charge de l'*expromissor* ou du solvens. Or, on a toujours le droit de se grever soi-même. « Je puis améliorer la condition d'autrui, quand il me suffit pour cela de me grever moi-même, dit M. Accarias ⁽¹⁾, par exemple quand je paie la dette d'un tiers, ou que je le libère en me portant *expromissor*... »

Mais si claire que soit la raison qui poussa les Romains à ne pas appliquer ici la règle prohibitive, nous devons nous demander si le contenu de cette règle n'est pas tel, qu'en refusant de l'appliquer ici, ils aient apporté à la règle même une exception. La *datio in solutum*, l'*expromissio* ne sont-elles pas de véritables conventions passées entre deux personnes dans l'intérêt d'une troisième, qui reste étrangère à l'opération, et qui en retire un droit ? N'y-t-il pas là un contrat en faveur de tiers ?

On pourrait répondre peut-être : le contrat est bien dans l'intérêt du tiers ; mais l'obligation qui naît, ne naît que dans les rapports des parties. Qui s'oblige ? Le solvens, l'*expromissor*. Envers qui ? Envers le sti-

(1) Ouv. cité, t. II, n° 518.

pulant; quant au tiers, au débiteur, qu'acquiert-il? Il n'acquiert pas une action; personne ne s'oblige envers lui; il n'acquiert que la libération de son obligation.

Mais, au fond, libérer un tiers, c'est lui faire acquérir un droit. « *Species acquirendi est liberare dominum obligatione* (1). » Au reste, même au sens strict des mots, il semble que le tiers pourra avoir une action à exercer : en payant la dette cautionnée dans le but de faire une dotation au fidéjussor, le tiers acquerra à celui-ci l'action *mandati contraria* contre le débiteur principal (2). Toutefois, pour être absolument exact, il vaudrait mieux dire que le tiers donne au fidéjussor seulement l'occasion d'exercer cette action, qui était née du contrat primitif et dont la mise en jeu était subordonnée au paiement par le fidéjussor. Celui-ci devait, du jour où il aurait exécuté ses engagements, avoir cette action : on les exécute pour lui, et l'action lui est accordée ; en réalité nous sommes ramenés à dire simplement que le solvens, le dans in solutum, l'expromissor ont procuré au tiers sa libération. Or la libération du tiers s'accomplit elle sur la base du concours de volonté des parties ? Il est important de remarquer, avec M. Pacchioni, que les textes romains ne semblent pas indiquer l'existence d'une contradiction entre la libération du débiteur par le paiement

(1) L. 11, p. D., de acceptil., 46, 4.

(2) L. 12 § 1 et L. 26 § 3, D., mandati, 17, 1. — De même, en payant la dette d'autrui, on lui permettra d'acquérir l'action *pignoratitia directa* pour obtenir la restitution du gage.

d'autrui et la règle alteri nemo. Le principe de la validité du paiement fait par un étranger, ignorant vel invito domino, n'est pas mis par les jurisconsultes en connexion avec la prohibition du contrat en faveur de tiers. Il y a là quelque chose de remarquable, et qui doit attirer notre attention ; si nous pouvons concevoir une explication raisonnable à la solution donnée en matière de paiement, sans faire intervenir l'idée de contrat en faveur de tiers, il me semble que nous aurons grande chance d'être dans le vrai.

Or cette explication se présente, très simple et très aisée. L'obligation, par sa nature, c'est là un principe élémentaire de droit, est destinée à s'éteindre, à mourir ; et sa mort naturelle, c'est l'extinction par paiement. En cas de paiement fait par un extraneus, ignorant, etiam invito debitore, la libération du débiteur n'est pas, si l'on veut, le résultat du paiement même ; mais la conséquence de ce fait que le paiement a dénoué le lien obligatoire. Il ne s'agit que de concevoir objectivement l'obligation comme un lien entre deux personnes : on comprendra dès lors très bien qu'une cause quelconque puisse détruire, rompre ce lien, abstraction faite des effets que cette rupture peut avoir pour les personnes liées. Je paie votre dette : ce faisant, je brise une chaîne ; mais je ne brise pas la chaîne forcément pour libérer le prisonnier. Il se peut que j'aie eu une autre intention. Si maintenant, par la suite, le paiement revêt des formes telles qu'il en résulte que le libérateur a eu cette intention, assurément ce ne sera pas une raison de supprimer la vali-

dité du paiement; mais il n'y a là qu'un élément surajouté, et non essentiel à l'opération.

Je dis qu'il se peut que j'aie eu une autre intention que celle de libérer le débiteur. On sait la tendance du droit romain à favoriser toute intervention en faveur du débiteur. Eh bien, cette tendance s'explique non-seulement par la rigueur des conséquences de l'insolvabilité concernant le débiteur même, mais par les conséquences aussi, qui, indirectement venaient frapper et blesser ses proches. Rappelons-nous l'organisation de l'ancienne famille romaine en gentes et familles. « La gens entière répond de la dette d'un de ses membres, nous dit Fustel de Coulanges ⁽¹⁾; elle rachète le prisonnier; elle paie l'amende du condamné. » Une solidarité très forte reliait les membres d'un même cercle familial. Rien d'étonnant à ce que le droit ait admis et légitimé le désir que devait avoir chaque proche de sauver à tout prix le débiteur insolvable. C'était une affaire d'intérêt personnel, d'égoïsme, autant que de charité ou de bienveillance. Certainement les personnes qui intervenaient le plus souvent, surtout aux âges durs de la période primitive, devaient être celles qui avaient un intérêt propre à éviter la ruine du débiteur, ruine qui entraînait l'esclavage et l'ignominie. Et cet intérêt personnel devait, aux yeux de la loi, être la cause de leur intervention, la base sur laquelle le droit ancien admit que l'on pouvait payer la dette d'autrui, même *invito debitore*.

(1) Cité antique, p. 114. — Voyez aussi Tarde, Transformations du droit, *passim*, et notamment, p. 110.

Au fond, la situation ressemble à celle où quelqu'un contractait en faveur d'un tiers, alors qu'il avait lui-même intérêt à l'accomplissement du contrat. Et il est un cas où la compénétration d'intérêts dont nous avons parlé à propos de tels contrats apparaît en matière de paiement. C'est dans le cas où un débiteur délègue ⁽¹⁾ son propre débiteur à son créancier. L'intérêt pécuniaire de ce débiteur apparaît avec évidence, puisque si le délégué ne paie pas, il devra payer précisément la somme pour le montant de laquelle il l'a délégué.

La modification de l'organisation sociale et l'atténuation de l'ancienne législation si rigoureuse pour les débiteurs, n'entraînèrent pas la suppression du principe qui avait été en grande partie la conséquence de cette organisation et de cette législation. Une fois établi, le principe se maintient, car la solution libérale était trop conforme aux besoins de la vie juridique pour qu'on pût la rejeter après l'avoir admise. Elle ne fit que s'étendre de plus en plus, comme nous l'avons vu, à des cas analogues au paiement : *datio in solutum*, *expromissio*, délégation. Mais jamais les Romains ne considérèrent qu'il y eut dans cette solution appliquée en matière de paiement et aux matières voisines, une exception à la règle *alteri nemo*. Les deux théories se développèrent parallèlement et la conscience des juriconsultes ne semble pas avoir été choquée d'un con-

(1) Voyez, pour la délégation, Lambert, ouv. cité, p. 111 et suiv., — « Qu'on l'envisage dans les rapports du déléguant et du délégué, ou dans les rapports du délégué et du délégataire, la délégation nous apparaît comme l'une des applications naturelles de la stipulation pour autrui, » p. 112.

traste. Il ne faut pas trop s'en étonner après ce que nous avons dit, touchant la manière dont la libération était acquise au débiteur, par le paiement, la *datio in solutum*, l'expromission d'autrui, c'est-à-dire par un acte unilatéral, ou par une convention dans laquelle l'intervenant n'avait pas nécessairement en vue l'intérêt du débiteur, et ne songeait peut-être qu'au sien propre. Je romps le lien qui vous attache à votre créancier, parce que j'ai intérêt à le faire : par la force des choses, il arrive qu'en rompant ce lien, je vous affranchis. C'est tant mieux pour vous ; mais je n'ai peut-être eu aucune pensée de bienveillance à votre endroit.

Il y a pourtant un cas où toutes les conditions du contrat en faveur de tiers semblent réunies ; c'est le cas, signalé par M. Lambert ⁽¹⁾, et contenu dans la loi 48, § 1, D. de jure dotium, 23, 3. Cette loi se réfère à une hypothèse d'acceptilation. Un étranger libère son débiteur afin de lui donner à titre de dot la somme due. Le débiteur n'est libéré que si le mariage se conclut, et la femme aura, à la dissolution du mariage, action pour réclamer la dot ainsi constituée. « *Plane, secutis nuptiis, mulier, soluto matrimonio, dotis exactionem habebit,* » dit, en effet, Ulpien, auteur de ce texte ⁽²⁾. Là, il est difficile de contester qu'il y ait contrat en faveur de tiers ; mais il ne faut pas oublier à quelle espèce nous avons affaire ; il s'agit d'un cas de constitution de dot, et nous connaissons, ayant eu à la

(1) Ouv. cité, p. 110.

(2) Le texte rappelle du reste la règle générale : « *cæterum mulieri per liberam personam condictio acquiri non potest.* »

signaler déjà, la faveur avec laquelle les Romains voyaient cette institution de la dot et s'efforçaient de faire plier les règles qui auraient pu en entraver le développement. La dot, il est vrai, n'est pas constituée par un parent dans l'espèce que nous considérons ; mais elle n'est pas constituée par un étranger dans des conditions quelconques : elle est effectuée par voie d'acceptilation ; c'est-à-dire que le constituant et le mari sont des personnes entre qui existe déjà un rapport juridique ; et par cette acceptilation, une obligation se trouve éteinte : il y a donc une double raison de se montrer particulièrement favorable à la constitution de la dot. On voit donc que la loi 43, § 1, D. 23, 3, ne contient qu'une solution d'espèce, et que nous devons la rattacher plutôt à ce que nous avons dit de la dot qu'à toute autre matière.

§ 9. — Un des motifs que nous avons indiqués au précédent paragraphe comme excluant, en matière de paiement pour autrui, l'idée de contrat en faveur de tiers, s'applique encore dans une hypothèse dont nous devons dire aussi qu'elle ne constitue pas une exception à la règle alteri nemo. Il s'agit de la *missio in bona*. Ici encore, on ne peut dire que le tiers acquière l'action sur la base du contrat.

On sait que la *postulatio in bona semitti* donnait lieu à une *permissio* du prêteur, *permissio* qui opérerait *in rem* et dont les effets, loin de se restreindre au postulant, s'étendaient à tous les créanciers. Mais outre que la *permissio* ne se trouvait pas liée à la pos-

tulatio de telle façon qu'on puisse voir dans ces deux opérations un seul negotium juridique, il faut remarquer une chose importante : c'est qu'il était indifférent, pour l'attribution de l'action aux créanciers restés inactifs, que le postulant ait eu ou non l'intention de demander pour eux la missio in possessionem. L'action est accordée ope legis. Et l'on ne peut dire qu'il y ait dans la missio in possessionem une exception à la règle alteri nemo, même prise dans le sens le plus large. Au reste, nous trouvons cette opinion énoncée clairement dans un texte, la loi 12, D., 42, 5, ainsi conçue :

« Quum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti, quæritur utrum solus is qui petit possidere potest, an cum unus petit et prætor permisit omnibus creditoribus aditus sit. Et commodius dicitur cum prætor permiserit, non tam personæ solius petentis, quàm creditoribus et in rem permissum videri : quod et Labeo putat. Nec videbitur libera persona adquirere alii, quia nec sibi quidquam acquirit cui prætor permittit, sed aliquid ex ordine facit. »

Le principe de l'extension de la missio in possessionem à tous les créanciers n'était donc aucunement en conflit avec la règle prohibitive.

Nous croyons avoir ainsi parcouru la liste des principales solutions romaines, dans lesquelles, à tort ou à raison, les auteurs ont vu des exceptions à la règle alteri nemo. Peut-être pourrait-on trouver d'autres textes encore contenant des solutions analogues, mais nous pensons avoir énuméré du moins les plus saillantes et les plus décisives.

Le résultat de l'examen des textes opéré dans ce chapitre, qu'un mot nous suffise pour l'exprimer. Nous devons en effet y revenir dans nos conclusions, en le rapprochant des résultats donnés par les chapitres précédents, et nous pourrons alors insister davantage. Pour le moment, il nous suffira de constater que, parmi les exceptions proposées, plusieurs ne nous ont pas paru être des exceptions réelles, mais le produit de règles juridiques étrangères à notre sujet, et que parmi les autres, parmi les exceptions à peu près incontestables et dûment observées, presque toutes ne font leur apparition qu'à l'époque post-classique, et surtout dans la législation Justinienne. Une autre remarque importante, et sur laquelle nous aurons à revenir, c'est que ces exceptions apparaissent isolément, sans lien entre elles, sans connexion ; assurément, ce n'est pas une vue d'ensemble sur le droit qui les a fait introduire ; chacune d'elles s'est insinuée dans la législation sous la pression de la nécessité seule, et s'est imposée au législateur, bien plus qu'elle n'a été l'œuvre consciente et délibérée de celui-ci ; rien n'est plus propre qu'une telle constatation à nous révéler la force d'expansion de ces êtres de raison que sont les entités juridiques. Tout ce qui est rationnel, suivant le grand principe d'Hegel, doit devenir réel ; et quand le cratère ne s'ouvre pas tout grand sous la poussée des laves souterraines, c'est par plusieurs petites éruptions indépendantes en apparence que se révèle la vie du volcan unique et caché.

CONCLUSION

Nous pouvons maintenant prendre parti sur cette question : le droit romain connut-il le contrat en faveur de tiers, et à partir de quelle époque?

Les divergences sont très grandes à ce sujet. Pour ne citer que quelques opinions M. Champeau admet que le contrat en faveur de tiers, « grâce au milieu économique nouveau, et surtout à l'ingéniosité des praticiens, fut accepté dans quelques cas exceptionnels. » (1) Pour M. Lambert aussi, d'assez nombreuses exceptions furent apportées à la règle *alteri nemo*, et dans différents cas, le contrat en faveur de tiers fut reconnu valable. M. Naples va plus loin, et estime que les jurisconsultes, dès l'époque classique, ne songent qu'à ôter toute efficacité à la règle *alteri nemo*. En revanche, Eisele établit comme vérité acquise que « le droit romain avant Justinien ne connaît aucune exception à cette proposition que du contrat en faveur de tiers, aucune action ne naît au profit de ce tiers. » (2) » Et,

(1) ouv. cité, p. 147.

(2) id., VI, in fine

plus absolu encore que le romaniste allemand, M. Pacchioni exclut, même pour l'époque justinienne, l'idée que le contrat en faveur de tiers ait pu être validé par le droit romain, fût-ce par voie d'exception.⁽¹⁾ Entre ces théories opposées, laquelle devons nous choisir? Assurément, ce ne sera pas celle de M. Naples. Toutes nos recherches ne nous montrent que trop la force de résistance du vieux principe prohibitif, même aux âges avancés de la civilisation romaine; nous ne prétendrons pas non plus que la règle *alteri nemo* ne soit maintenue intacte et indiscutée jusque dans la législation byzantine; on peut, à force d'ingéniosité, et par des merveilles d'interprétation, arriver à établir cette thèse; mais nous avons constaté l'exagération qu'il y avait à l'adopter. Pour nous, la vieille règle prohibitive s'est maintenue, mais non sans avoir été entamée, et un peu démantelée; cela ne saurait faire doute. Mais entamée jusqu'à quel point? A partir de quand? Répondons tout de suite: à la première question nous donnerons comme réponse: dans une mesure assez faible. — A la seconde: à partir de l'époque justinienne seulement, dans la plupart des cas; à partir de l'époque classique, très rarement. Ceci dit, reprenons les choses de plus haut.

Quand on parle de prohibition du contrat en faveur de tiers, il faut bien s'entendre. Les Romains de l'époque primitive n'avaient probablement pas dégagé le concept d'un tel contrat. En disant: « *alteri nemo stipu-*

(1) Ouv. cité, p. 89 et sq.

lari potest » ils n'entendaient interdire que l'acquisition d'une action au stipulant. La pensée que le tiers pût en acquérir lui-même une, cette pensée ne leur venait sans doute pas. C'est nous, modernes, qui, ayant l'idée du contrat en faveur de tiers, comprenons que la vieille maxime contient en elle-même, a fortiori, la prohibition de l'acquisition d'une action par le tiers. Pour un Romain des temps primitifs, le maximum d'effets que pouvait produire un contrat en faveur de tiers, c'était de faire acquérir une action au stipulant; et cet effet que, en pure logique, le contrat aurait pu produire, cet effet était supprimé en législation par la règle *alteri nemo*. Mais nous, nous savons que le maximum d'effets du contrat en faveur de tiers peut, en raison, s'étendre beaucoup plus loin que les Romains ne l'avaient cru, et dès lors nous concevons que la règle *alteri nemo* s'oppose a fortiori à la réalisation de ce maximum, puisqu'elle condamne explicitement, consciemment des effets moins graves.

Peu à peu, les Romains eux-mêmes en arrivèrent, non seulement à admettre que d'un contrat passé dans l'intérêt d'un tiers pût naître une action pour le stipulant, mais une action même pour le tiers. Et lorsqu'ils eurent sanctionné dans quelques hypothèses, à l'époque justinienne, ce dernier résultat, il se trouva ipso facto que le type juridique du contrat en faveur de tiers fut introduit dans la législation romaine. Sans doute, on ne reconnut aucunement ce type juridique comme un contrat valable en règle générale; sans doute même les jurisconsultes ne l'analysèrent pas

comme conception logique; mais ils reconnurent la validité de certaines de ses applications, et firent, si l'on peut ainsi dire, de la prose sans peut-être le savoir. Précisons maintenant, en nous référant aux discussions des chapitres précédents, les phrases de l'évolution.

Dès l'époque classique, nous voyons la règle prohibitive battue en brèche, directement ou (le plus souvent) indirectement, au nom de plusieurs principes, ou, si l'on veut, de divers prétextes.

Ce sont : 1° l'intérêt personnel du stipulant ;

2° l'insertion de la clause pénale ;

3° la faveur due aux constitutions de dot ;

4° la faveur due à la liberté.

En même temps divers procédés sont employés, qui, sans apporter de dérogation véritable à la règle, servent à produire les mêmes résultats qu'aurait produit, si on l'avait autorisé, le contrat en faveur de tiers : *adjectio*, *mandatum aliena gratia*, *fidei commissis*.

C'est dès le milieu du second siècle en effet, que nous avons vu Marcellus reconnaître dans une certaine mesure la validation de la stipulation pour autrui par l'intérêt personnel du stipulant, et Gaius admettre l'emploi de l'*adjectio*, comme moyen de tourner la prohibition. A la même époque, on a recours déjà à l'expédient de la clause pénale; le *mandatum aliena gratia* est également détourné de son rôle naturel, et sert, comme l'*adjectio*, à pallier les effets de la règle *alteri nemo*. Un peu plus tard, avec Papi-

nien ⁽¹⁾, le fidéi commis est utilisé dans le même but.

Déjà, à la même époque, de véritables exceptions se font jour : en matière d'affranchissements, avec Marc-Aurèle ⁽²⁾. En matière aussi de bail, dès le temps où écrivait Gaïus. Mais c'est surtout avec Paul ⁽³⁾ et Ulpien ⁽⁴⁾, avec l'empereur Alexandre Sévère, dont Ulpien fut du reste le conseiller favori, que les exceptions deviennent notables.

Non seulement en effet Ulpien sanctionne la solution de Marcellus qui avait apporté une des premières limitations à la règle *alteri nemo*, mais il introduit peut-être une exception véritable à cette règle en matière de gage, pour le cas où le créancier gagiste vend avec réserve du droit de rachat au profit de l'engagiste ; il en introduit une autre en matière de *mutuum* ; il suggère probablement à l'empereur Alexandre la constitution 9 Code, IV, 65, par laquelle celui-ci sanctionne et aggrave la solution donnée par Gaïus en matière de bail.

Paul, de son côté, admet qu'en raison de la faveur due aux constitutions de dot, on puisse faire échec à la règle prohibitive, et que l'on puisse considérer comme un intérêt légitime, équivalant à un intérêt pécuniaire, l'intérêt moral qu'a le père à ce que sa fille soit dotée.

Avec Dioclétien ⁽⁵⁾ et Maximien, de nouvelles brè-

(1) 142-212.

(2) Mort en 180.

(3) Mort en 235.

(4) Mort en 228.

(5) Mort en 304.

ches sont faites à la vieille forteresse, à la fois minée et attaquée de front. D'une part, en effet, par leur constitution 9, Code, IV, 50, ils valident l'emploi de l'interposition ; d'un autre côté, ils accordent une action au tiers bénéficiaire, en matière de donation sub modo ; action, il est vrai, qui n'était acquise au tiers que *causa cognita*.

Avec Justinien ⁽¹⁾ enfin, de nouveaux progrès interviennent : on admet des exceptions en matière de commodat, en matière de dépôt ordinaire, sinon de *consignatio in publicum*, en matière de clauses accessoires à une constitution de dot, enfin en matière de *donatio sub modo*, où il accentue l'exception timidement introduite par Diocletien. Mais, même alors, dans ce dernier état du droit, la règle *alteri nemo, tournée, limitée, démantelée*, n'en reste pas moins debout : sur tous les points où son application était devenue un obstacle par trop gênant aux progrès de la législation, elle avait dû céder ; mais si restreint que soit devenu pratiquement son champ d'action, elle n'en restait pas moins, en matière de stipulation pour autrui, le fond du droit. Et si nous devons admettre que dans bien des cas, le droit romain sanctionne, en suite d'un contrat en faveur de tiers, la naissance d'une action soit au profit du stipulant, soit même au profit du bénéficiaire, nous devons constater aussi que nulle part, ni les jurisconsultes, ni les empereurs, ni les compilateurs ne paraissent

(1) Mort en 565.

avoir relié systématiquement les unes aux autres, et ramené à un principe commun ces exceptions à la vieille règle. Mieux encore, lorsqu'ils donnent une de ces solutions qui, au fond, lui font échec, ils affectent le plus souvent de ne pas s'en apercevoir, et témoignent ainsi de leur respect pour la prohibition même qu'ils enfreignent ; et il reste certain que, si le contrat en faveur de tiers s'est fait une certaine place dans la législation romaine, c'est bien plus par la force des choses que par la volonté consciente et par l'effort systématique de ceux qui, aux différentes époques, firent le droit.

Quant aux influences même qui forcèrent en quelque sorte la main du législateur, elles furent de diverses sortes. Il y eut des influences d'ordre économique et social, comme celles qui amenèrent à reconnaître le droit du locataire comme survivant dans certains cas au contrat de vente. Il y eut des influences d'ordre politique comme celles qui provoquèrent les exceptions à la règle *alteri nemo* en matière de constitution de dot ; il y en eut d'ordre moral et philosophique, comme celles qui firent mettre la règle de côté en ce qui concerne l'affranchissement des esclaves. Il y eut enfin une raison plus générale et plus haute, la diminution de l'égoïsme primitif, du moins de cet égoïsme avoué et reconnu par le législateur qui faisait considérer l'intérêt personnel et direct comme le seul intérêt digne d'une protection juridique. Il est incontestable que ce progrès fut dû lui-même au développement de la doctrine stoïcienne, et plus tard du

christianisme ⁽¹⁾. C'étaient les enseignements de Zénon sur l'universelle fraternité des hommes qui guidaient dans leur œuvre comme dans leur vie ces grands stoïciens pratiques, Papinien, Ulpien, et qui faisaient dire au premier : « Beneficio adfici hominem interest hominis ⁽²⁾. » C'étaient les leçons de l'église chrétienne qui, à leur insu, peut-être, poussaient Tribonien et ses collègues à élargir la voie ouverte avant eux, à augmenter le nombre des cas où le contrat en faveur de tiers était admis. A la vieille idée, individualiste s'il en fût, que la liberté de chacun à l'encontre de tout lien obligatoire doit être avant tout sauvegardée ⁽³⁾ et ne peut recevoir d'atteintes qu'en cas d'absolue nécessité, une autre idée plus généreuse se substitue, fondée sur le fait de la solidarité humaine, l'idée qu'en faisant du bien à autrui, je m'en fais à moi-même ⁽⁴⁾.

Ces considérations nous conduisent à voir dans l'évolution opérée en matière de stipulation pour autrui un progrès parfaitement en harmonie avec ce progrès

(1) Ce serait d'ailleurs une erreur de n'attribuer à l'influence chrétienne que les modifications apportées à la législation par les empereurs chrétiens. Bien avant son triomphe officiel, l'Eglise avait rempli l'empire de ses fidèles et imbu les esprits de sa morale. La plupart des grands penseurs de l'époque impériale ont subi plus ou moins son influence. Sénèque, entre autres, en qui une légende, fautive sans doute, dans sa lettre, mais peut-être vraie dans son esprit, a fait un disciple de saint Paul. Dès Alexandre, Sévère, le christianisme pénètre jusqu'au trône, comme philosophie, sinon comme religion. Assurément la doctrine nouvelle dut agir sur la législation, indirectement, bien avant de la modifier d'une manière directe.

(2) L. 7, D. de servis exportandis, 48. 7.

(3) Voyez Savigny, Obligations, t. II, § 59, p. 222 note c.

(4) « Tu es moi » disaient déjà les anciens sages de l'Inde.

d'ordre général « qui accompagne toutes les évolutions juridiques » et qui se manifeste par « l'élargissement continu des relations du droit. »⁽¹⁾ Nous voyons en effet les contrats anciennement rares et peu employés se généraliser et devenir peu à peu la source principale des obligations, mais d'abord avec un caractère de stricte personnalité. Avec une facilité de plus en plus grande, deux individus quelconques peuvent régler conventionnellement leurs rapports entre eux, mais seulement ces rapports-là. Puis le contrat élargit sa sphère d'application et le voici à la fin de l'époque romaine qui perd ce caractère de personnalité absolue et qui devient susceptible d'être utilisé entre deux particuliers dans l'intérêt d'un troisième. Actuellement encore, l'évolution se continue ; avec quelle rapidité, dans quelle mesure, nous n'avons pas à le rechercher ici. Qu'il nous suffise de dire que, sans doute, le contrat en faveur de tiers se fût assuré bien plus tôt une large place dans les législations modernes, si les jurisconsultes romains avaient su prendre mieux conscience des applications qu'ils en ont fait, et s'ils avaient su systématiser ces applications en les ramenant à un principe unique. Bien plus encore que la force réelle conservée en pratique par la règle *alteri nemo*, c'est la forme conservée par cette règle dans leur esprit, alors qu'ils se refusaient à embrasser

(1) Tarde, *Transformations du droit*, p. 61.

(2) Tarde, p. 106 et sq.

d'une vue d'ensemble l'étendue des brèches ouvertes, c'est cette force factice, disons-nous qui a retardé même de nos jours la reconnaissance du contrat en faveur de tiers comme valable. On ne le constate que trop clairement quand on voit le grand romaniste, Savigny prétendre que la loi ne doit sanctionner l'obligation que là seulement où l'obligation offre au créancier un intérêt matériel et palpable. Mais l'impuissance de la formule à arrêter le développement de la vie juridique n'en éclate que mieux, lorsqu'on se rappelle que c'est au pays même de Savigny qu'est aujourd'hui le plus explicitement admise la validité du contrat en faveur de tiers (1).

Vu :

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,
C. APPLETON.

Vu :

LE DOYEN,
E. CAILLEMER.

Vu et permis d'imprimer :

LE RECTEUR
G. COMPAYRÉ.

Lyon, le 16 Novembre 1898.

(1) Voyez Saleilles, ouv. cité.

Table des Matières

	Pages
INTRODUCTION.....	9
CHAPITRE PREMIER. — Prohibition du contrat en faveur de tiers	15
Section I. Détermination de l'idée de ce contrat.....	15
Section II. La règle : « Alteri nemo stipulari po- test »	28
§ 1. Contrats soumis à la règle	29
§ 2. Caractère de la nullité	34
CHAPITRE II. — Causes de la prohibition	44
CHAPITRE III. — Les exceptions apparentes.....	62
CHAPITRE IV. — Exceptions vraies à la règle « alteri nemo ».....	104
Section I. Cas où une action est accordée au sti- pulant	105
§ 1. Constitution de dot	105
§ 2. Vente d'esclaves.....	108
Section II. Cas où il y a vraiment contrat en faveur de tiers.....	114
§ 1. Réserve du droit au bail en faveur du preneur.....	115
§ 2. Contrat de transport.....	123
§ 3. Contrat de gage.....	125
§ 4. Mutuum, dépôt, commodat.....	130
§ 5. Consignatio in publicum.....	142
§ 6. Clauses accessoires à une constitu- tion de dot	147
§ 7. Donation modale.....	155
§ 8. Paiement de la dette d'autrui.....	163
§ 9. Postulatio in bona se mitti.....	171
CONCLUSION.....	175

